

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Aides d'État

Chroniques | Concurrences N° 2-2016 | pp. 147-169

Jacques Derenne

jderenne@sheppardmullin.com

Avocat, Sheppard Mullin, Bruxelles

Maître de conférences, Université de Liège, Belgique

Bruno Stromsky

bruno.stromsky@ec.europa.eu

Membre du service juridique, Commission européenne, Bruxelles

Raphaël Vuitton

raphael.vuitton@curia.europa.eu

Référendaire, Tribunal de l'Union européenne, Luxembourg

Aides d'État

Jacques Derenne*

jderenne@sheppardmullin.com

Avocat, Sheppard Mullin, Bruxelles
Maître de conférences, Université de Liège, Belgique

Bruno Stromsky**

bruno.stromsky@ec.europa.eu

Membre du service juridique, Commission européenne, Bruxelles

Raphael Vuitton**

raphael.vuitton@curia.europa.eu

Référéndaire, Tribunal de l'Union européenne, Luxembourg

147 La Cour de justice de l'Union européenne rejette un pourvoi contre un arrêt confirmant la validité d'une décision de la Commission européenne déclarant illégale et incompatible avec le marché intérieur une aide versée par l'Allemagne à une entité publique fournissant des services d'élimination de carcasses d'animaux et de déchets d'abattoirs

CJUE, 18 fév. 2016, Allemagne
c/ Commission, aff. C-446/14 P

149 La Cour de justice de l'Union européenne rejette un pourvoi contre un arrêt confirmant la validité d'une décision déclarant illégales et incompatibles avec le marché intérieur des aides sous forme de compensation par l'organisme grec d'assurance agricole aux agriculteurs

CJUE, 16 mars 2016, Grèce
c/ Commission, aff. C-431/14 P

151 Le Tribunal de l'Union européenne confirme que des aides à la restructuration et d'autres mesures accordées par une société nationale de chemins de fer à une de ses filiales constituent des aides incompatibles et une application abusive d'aides autorisées

Trib. UE, 12 déc. 2015, SNCF
c/ Commission, aff. T-242/12

153 Le Tribunal de l'Union européenne annule la décision de la Commission européenne qualifiant d'aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur le régime espagnol de leasing fiscal mis en place pour le financement et l'acquisition de navires, en raison, notamment, de l'absence de sélectivité de ce régime

Trib. UE, 17 déc. 2015, Espagne
c/ Commission et Lico leasing
c/ Commission, aff. jtes T-515/13 et T-719/13

156 Le Tribunal de l'Union européenne confirme qu'une aide accordée par l'Autriche et l'Allemagne à une banque est compatible avec le marché intérieur

Trib. UE, 28 janv. 2016, Autriche
c/ Commission, aff. T-427/12

157 Le Tribunal de l'Union européenne confirme l'analyse suivie par la Commission européenne en ce qui concerne l'imputabilité à l'État et la non-conformité avec le critère de l'investisseur privé d'une injection de capital accordée à une entreprise en difficulté

Trib. UE, 28 janv. 2016, Slovaquie
c/ Commission, aff. T-507/12

159 Le Tribunal de l'Union européenne estime que la possibilité, pour les entreprises en difficulté ayant changé d'actionnaires, de conserver le bénéfice de leurs reports de pertes, alors que les entreprises ayant changé d'actionnaires perdent normalement cette faculté, constitue un avantage sélectif

Trib. UE, 4 fév. 2016, Heitkamp BauHolding
c/ Commission, aff. T-287/11

161 Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne déclarant, à l'issue de la phase préliminaire d'examen, qu'une garantie étatique pour des lignes de crédit apportée par l'Italie à une entreprise produisant des compresseurs constituait une aide d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, mais qu'elle respectait les conditions pour être déclarée compatible avec le marché intérieur, en tant qu'aide au sauvetage pour une entreprise en difficulté

Trib. UE, 1er mars 2016, Secop
c/ Commission, aff. T-79/14

165 Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne qualifiant d'aide d'État incompatible avec le marché intérieur une compensation rétroactive accordée par les autorités italiennes à une entreprise exploitant des liaisons interrégionales par autocars

Trib. UE, 3 mars 2016, Simet
c/ Commission, aff. T-15/14

166 Le Tribunal de l'Union européenne estime que la Commission européenne n'a pas procédé à un examen suffisamment approfondi de l'intérêt qu'aurait eu un créancier privé à accepter un concordat dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité

Trib. UE, 16 mars 2016, Frucona Kosice
c/ Commission, aff. T-103/14

1. Cour de justice de l'Union européenne

Avantage – Service d'intérêt économique général – Obligation de service public : La Cour de justice de l'Union européenne rejette un pourvoi contre un arrêt confirmant la validité d'une décision de la Commission européenne déclarant illégale et incompatible avec le marché intérieur une aide versée par l'Allemagne à une entité publique fournissant des services d'élimination de carcasses d'animaux et de déchets d'abattoirs (CJUE, 18 fév. 2016, Allemagne c/ Commission, aff. C-446/14 P)

En vertu du règlement (CE) n° 1069/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 21 octobre 2009, établissant des règles sanitaires applicables aux sous-produits animaux et produits dérivés non destinés à la consommation humaine (JO L 300, p. 1), les sous-produits animaux sont répartis en trois catégories en fonction des risques qu'ils présentent pour la santé humaine et animale. Alors que les matières qui relèvent des catégories 1 et 2 comportent des risques et doivent obligatoirement être éliminées, celles relevant de la catégorie 3, bien qu'impropres à la consommation, peuvent être utilisées à d'autres fins, notamment pour l'alimentation animale.

La *Zweckverband Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz, im Saarland, im Rheingau-Taunus-Kreis und im Landkreis Limburg-Weilburg* (ci-après la "ZT") est une association fondée en 1979 dont les membres sont des collectivités territoriales allemandes. Cette association fournit des services d'élimination de carcasses d'animaux et de déchets d'abattoirs. En contrepartie de la collecte et de l'élimination ou du traitement des matières des catégories 1 et 2, elle reçoit des redevances des détenteurs des sous-produits animaux. Quant au traitement des matières de la catégorie 3, il donne lieu à une rémunération qui se négocie librement. Par ailleurs, la ZT reçoit de ses membres des contributions pour compenser les coûts, non couverts par les recettes, résultant de l'obligation d'élimination des matières des catégories 1 et 2 ainsi que du maintien d'une réserve de capacités en cas d'épizootie. Entre 1998 et 2011, ces contributions se sont élevées à 30 932 198 euros.

À la suite d'une plainte et de l'ouverture d'une procédure formelle d'examen, la Commission a adopté, le 25 avril 2012, la décision 2012/485/UE (JO L 236, p. 1). Dans cette décision, la Commission a considéré que les contributions versées depuis le 1^{er} janvier 1979 à la ZT en violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE constituait une aide d'État incompatible avec le marché intérieur, et a ordonné la récupération de celles versées depuis le 26 mai 1998.

Par deux arrêts du 16 juillet 2014, le Tribunal a rejeté les recours introduits par l'Allemagne et la ZT à l'encontre de cette décision (Trib. UE, 16 juillet 2014, Allemagne c/ Commission, aff. T-295/12, EU:T:2014:675, et *Zweckverband Tierkörperbeseitigung* c/ Commission, aff. T-309/12, EU:T:2014:676 ; voir obs. J. Gstalter, *Concurrences* n° 4-2014, pp. 190-192, et F. Martucci, *Concurrences* n° 4-2014, pp. 242-245). L'Allemagne et la ZT ont formé un pourvoi contre ces arrêts. À la suite du désistement de la ZT, la Cour demeurerait saisie du seul pourvoi formé par l'Allemagne. Celui-ci a été rejeté à la faveur d'un arrêt du 18 février 2016.

Les quatre conditions de la jurisprudence *Altmark* poursuivent chacune une finalité propre

Dans un premier temps, la Cour examine le moyen soulevé par l'Allemagne pris de ce que, contrairement à ce qu'avait retenu le Tribunal,

* Avec la collaboration de Joe Zeaiter, avocat, Sheppard Mullin, Bruxelles.

** Les opinions ici exprimées n'engagent que leur auteur et non l'institution à laquelle il appartient

les quatre conditions énoncées dans l'arrêt *Altmark Trans* et *Regierungspräsidium Magdeburg* (C-280/00, EU:C:2003:415, ci-après la “jurisprudence *Altmark*”) étaient, en l'espèce, remplies.

En effet, dans son arrêt, le Tribunal avait validé l'appréciation de la Commission selon laquelle les contributions versées à la *ZT* ne constituaient pas une compensation pour l'accomplissement d'obligations d'intérêt général au sens de la jurisprudence *Altmark*, et, partant, lui conférait un avantage économique au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

À cet égard, la Cour rappelle que, en vertu de la jurisprudence *Altmark*, ne relève pas de l'article 107, paragraphe 1, TFUE une intervention étatique considérée comme une compensation représentant la contrepartie de prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier et que ladite intervention n'a donc pas pour effet de placer ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable au regard des entreprises concurrentes. Cependant, pour qu'une telle compensation puisse échapper à la qualification d'aide d'État, quatre conditions cumulatives doivent être réunies :

- 1/ le bénéficiaire doit effectivement être chargé de l'exécution d'obligations de service public, lesquelles doivent être clairement définies ;
- 2/ les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ;
- 3/ la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public ;
- 4/ lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée, aurait encourus pour exécuter ces obligations.

En l'espèce, l'Allemagne focalisait sa contestation sur la quatrième condition. Cet État membre reprochait en particulier au Tribunal d'avoir confondu, lors de l'appréciation de cette condition, les exigences relatives aux autres conditions. Il aurait ainsi considéré que la compensation des coûts du maintien d'une réserve de capacités en cas d'épizootie n'était pas nécessaire, ce qui relèverait de la troisième condition, ou était inexistante en raison de l'absence de service d'intérêt économique général (ci-après “SIEG”), ce qui relèverait de la première condition.

Sur ce point, la Cour souligne liminairement que les quatre conditions de la jurisprudence *Altmark* “sont distinctes l'une de l'autre, poursuivant chacune sa finalité propre” (point 31). C'est, à notre connaissance, la première fois que la Cour procède à une telle affirmation

et laisse entendre que les quatre conditions en cause ont une “finalité” propre. On le sait, dans leur ensemble, ces quatre conditions ont pour but de déterminer si une intervention étatique constitue une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par l'entreprise bénéficiaire pour exécuter des obligations de service public. Toutefois, la Cour s'abstient en l'espèce de préciser explicitement les contours de la “finalité” propre à chacune de ces conditions. Or, si l'“objet” de celles-ci découle aisément de leur libellé (à savoir, respectivement : existence d'un SIEG et d'un mandat pour l'exercer, définition préalable des paramètres de la compensation, nécessité de la compensation, niveau de la compensation), la définition de leur “finalité” propre, dans le cadre général de la détermination d'un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE est moins immédiatement perceptible.

Ensuite, la Cour réfute toute confusion du Tribunal dans l'appréciation des conditions de la jurisprudence *Altmark*. Premièrement, elle relève que si le Tribunal a exposé que l'appréciation de ces conditions devait tenir compte de la nature du service en cause et des circonstances de l'espèce, cette prise en compte n'a pas interféré avec l'appréciation de la première condition, laquelle a fait l'objet d'une analyse détaillée dans l'arrêt attaqué (point 32). Deuxièmement, elle constate que le Tribunal n'a pas eu recours aux critères de la troisième condition pour déterminer si la quatrième condition avait été correctement analysée par la Commission. À cet effet, elle se fonde sur le fait que la troisième condition a été “appréciée préalablement et de manière distincte” par le Tribunal (point 33). L'on peut s'interroger sur l'intérêt d'avancer, aux fins du raisonnement, que la troisième condition a fait l'objet d'un examen séparé, étant donné que cette circonstance ne peut, en tant que telle, exclure une éventuelle confusion de la part du Tribunal dans le cadre de l'appréciation de la quatrième condition. Force est néanmoins de relever que la Cour constate sans ambiguïté l'absence d'une telle confusion. Troisièmement, elle conteste toute tautologie dans le raisonnement du Tribunal, en ce qu'il aurait rattaché l'absence de satisfaction de la quatrième condition au constat que le maintien d'une réserve de capacités ne constituait pas un SIEG, lequel relève de la première condition (point 35). Quatrièmement, en se fondant sur la simple lecture de l'arrêt attaqué, elle rejette le grief selon lequel le Tribunal n'aurait pas examiné l'argument portant sur le fait que la compensation du maintien d'une réserve de capacités en cas d'épizootie constituait une compensation des coûts nets sans composante de bénéfice (point 36).

La Cour en déduit que le Tribunal n'a pas procédé à une confusion dans l'analyse des conditions de la jurisprudence *Altmark* et qu'il n'a commis aucune erreur en jugeant que l'Allemagne n'avait pas établi que la quatrième de ces conditions était satisfaite. Partant, eu égard au fait que les conditions en cause sont cumulatives, la Cour estime, à juste titre, qu'il n'y a pas lieu d'examiner si le Tribunal a correctement vérifié que les redevances versées à la *ZT* répondaient aux trois premières conditions.

L'éventuelle qualification de SIEG est inopérante

Dans un second temps, la Cour examine les moyens soulevés par l'Allemagne pris, d'une part, de ce que le Tribunal aurait à tort validé l'appréciation de la Commission selon laquelle les autorités allemandes avaient commis une erreur manifeste d'appréciation en qualifiant le maintien d'une réserve de capacités en cas d'épizootie de SIEG et, d'autre part, de ce qu'il n'aurait pas suffisamment motivé son raisonnement à cet égard.

Ces moyens étant manifestement voués à l'échec, elle les écarte de manière lapidaire.

En effet, la Cour ne manque pas de relever que, dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a pris le soin de souligner que, à supposer que les autorités allemandes aient valablement retenu une telle qualification, cela ne saurait entraîner l'annulation de la décision litigieuse. Le Tribunal avait ainsi indiqué que, pour prononcer une telle annulation, il conviendrait encore que les versements de contributions pour le maintien d'une réserve de capacités en cas d'épizootie n'aient pas constitué un avantage économique pour la *ZT*, au sens de la jurisprudence *Altmark*. Or, ainsi qu'il a déjà été relevé, la Cour a estimé que le Tribunal avait à bon droit conclu que tel n'était pas le cas. Aussi, dès lors que cette conclusion était, à elle seule, suffisante pour confirmer la validité de la décision litigieuse, la Cour ne pouvait que rejeter les moyens de l'Allemagne comme étant inopérants, et, partant, le pourvoi dans son ensemble.

En guise de conclusion, force est de constater que la portée de l'arrêt sous commentaire est pour le moins limitée, les moyens soulevés en l'espèce par l'Allemagne ne se prêtant pas aisément à des développements novateurs. Sa brièveté – l'appréciation étant cantonnée à une quinzaine de points – en témoigne d'ailleurs. Il a néanmoins été l'occasion pour la Cour de souligner que les conditions de la jurisprudence *Altmark* étaient distinctes l'une de l'autre et que chacune avait sa propre finalité. Cela met, *de facto*, un terme au débat sur les recoupements entre ces conditions, et renforce la nécessité de procéder à une appréciation individuelle de celles-ci.

R. V. ■

Aides de compensation versées par un organisme étatique d'assurance agricole – Obligation de motivation – Dénaturation d'éléments de preuve: La Cour de justice de l'Union européenne rejette un pourvoi contre un arrêt confirmant la validité d'une décision déclarant illégales et incompatibles avec le marché intérieur des aides sous forme de compensation par l'organisme grec d'assurance agricole aux agriculteurs (CJUE, 16 mars 2016, Grèce c/ Commission, aff. C-431/14 P)

Contexte factuel et juridique

En confirmant sur pourvoi l'arrêt du Tribunal (Trib. UE, 16 juillet 2014, Grèce c/ Commission, aff. T-52/12, v. nos observations, in *Concurrences* n° 4-2014, pp. 192-194), la Cour de justice procède à un rappel des principes relatifs aux fondements du moyen tiré de la dénaturation d'éléments de preuve, aux standards de motivation requis du Tribunal, à la notion d'avantage, à l'invocabilité d'éléments nouveaux devant la Cour statuant sur pourvoi et à l'applicabilité de l'exemption de l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE à la suite de l'adoption de règles de conduite.

En l'espèce, l'aide litigieuse résulte d'un arrêté interministériel grec du 30 janvier 2009 accordant, à titre exceptionnel, une aide compensatoire d'un montant de 425 millions d'euros aux agriculteurs pour des pertes dues aux conditions climatiques de l'été 2007 et de l'année 2008. Cette aide a été versée par l'organisme grec d'assurances agricoles ("ELGA") et financée en partie par les contributions obligatoires des agriculteurs à l'ELGA et par un emprunt bancaire d'ELGA, avec la garantie d'État.

Par sa décision du 7 décembre 2011, la Commission a conclu que les aides compensatoires versées aux agriculteurs étaient incompatibles avec le marché intérieur. Le Tribunal a rejeté un premier recours de la Grèce et celle-ci s'est pourvue en pourvoi contre cet arrêt. La Cour rejette le pourvoi par l'arrêt commenté.

Arrêt de la Cour

La Cour confirme en tous points le raisonnement du Tribunal et rejette l'intégralité des moyens soumis par l'État grec au soutien de son pourvoi.

Cet arrêt ne fait qu'appliquer des principes bien connus en réponse à l'argumentation avancée par la Grèce. Son intérêt est limité au rappel de la nécessité d'une formulation très claire et précise de tout moyen dans le cadre d'un pourvoi. En l'espèce, la Cour rejette deux moyens sur le seul fondement de leur énonciation imprécise.

Dénaturation d'un élément de preuve

L'État grec soutient devant la Cour que le Tribunal avait dénaturé et avait incorrectement identifié des ressources de l'État dans les cotisations versées par les agriculteurs perçues par l'État en faveur de l'ELGA. En effet, selon la Grèce, l'État grec ne joue qu'un rôle d'intermédiaire percepteur de ses cotisations en faveur de l'ELGA. Dès lors, ces cotisations doivent être qualifiées de ressources privées, bien qu'elles soient comptabilisées comme recettes d'État.

La Cour rejette ce moyen et rappelle tout d'abord que le Tribunal est seul compétent pour connaître des faits du litige, sauf si les erreurs matérielles de constatations découlent des pièces du dossier soumis. Il appartient au requérant d'indiquer les éléments dénaturés et de prouver les erreurs d'interprétation menant à cette dénaturaison qui doit *“apparaître de façon manifeste des pièces du dossier, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle appréciation des faits et preuves”* (point 32 de l'arrêt).

En l'espèce, la Cour, reprenant les appréciations du Tribunal relatives à la qualification des ressources employées afin d'octroyer les aides compensatoires, considère qu'il n'y a pas eu dénaturaison d'élément de preuve. Dès lors, selon la Cour, c'est à juste titre que la Commission et le Tribunal ont estimé que les aides accordées par l'ELGA sont versées grâce à des ressources d'État, en l'occurrence des cotisations d'agriculteurs comptabilisées en tant que recettes d'État dans le budget de l'État et un emprunt bancaire avec garantie d'État.

Obligation de motivation

La Grèce fait valoir un défaut de motivation dans l'arrêt du Tribunal en ce que celui-ci n'aurait pas répondu exhaustivement à ses moyens.

La Cour rappelle sa jurisprudence constante en vertu de laquelle l'obligation de motivation n'implique pas un devoir *“de fournir un exposé qui suivrait exhaustivement et un par un tous les raisonnements articulés par les parties au litige. La motivation peut donc être implicite, à condition qu'elle permette aux intéressés de connaître les motifs sur lesquels le Tribunal se fonde et à la Cour de disposer des éléments suffisants pour exercer son contrôle dans le cadre d'un pourvoi”* (point 38 de l'arrêt).

La Cour rejette le moyen sur ce point.

Notion d'avantage

Le Gouvernement grec conteste l'analyse selon laquelle l'aide compensatoire versée par l'ELGA soit constitutive d'un avantage étant donné que l'ELGA est financée par des cotisations d'agriculteurs.

La Cour rejette cette thèse en confirmant l'analyse du Tribunal. L'aide compensatoire est bien constitutive d'un avantage puisqu'elle est indépendante des cotisations versées. Il n'y a pas lieu à compenser les cotisations versées par les agriculteurs du montant de l'aide perçue étant donné que ces cotisations ne sont pas une charge spécifique ayant grevé cette aide (points 42 et 43 de l'arrêt).

Invocabilité d'un élément nouveau devant la Cour

La Grèce affirme que le Tribunal n'aurait pas pris en compte dans son analyse de la notion d'avantage, les circonstances économiques exceptionnelles auxquelles faisaient face la Grèce en 2008 et 2009. Selon la Grèce, les compensations accordées ne pouvaient procurer un quelconque avantage économique aux agriculteurs grecs eu égard au contexte économique particulièrement difficile que subissait la Grèce.

La Cour relève que la Grèce n'a pas invoqué ce moyen devant le Tribunal et qu'il s'agit d'un élément nouveau qui ne peut, par conséquent, être soulevé pour la première fois devant la Cour statuant sur un pourvoi (points 54 et 55 de l'arrêt).

Application de l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE

La Grèce affirme que le Tribunal aurait dû examiner si la Commission a commis une erreur en n'appliquant pas l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE, malgré les circonstances économiques extrêmement difficiles que connaissait la Grèce en 2008 et 2009 et ce, nonobstant le cadre communautaire temporaire pour les aides d'État destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuel (communication de la Commission du 17 décembre 2008 tel que modifiée en 2009).

La Cour rappelle le large pouvoir d'appréciation de la Commission dans l'application de l'article 107, paragraphe 3, TFUE et, qu'en adoptant des règles de conduite, la Commission s'autolimitait dans l'exercice discrétionnaire de ce pouvoir. Néanmoins, la Cour ajoute que la Commission n'est tenue par ses règles de conduite (qui ne peuvent être adoptées en violation des règles des traités) que dans les limites de celles-ci. Dès lors, des circonstances exceptionnelles non visées par ces règles peuvent justifier leur écartement. Ainsi, si un État membre invoque de telles circonstances, en vue d'appliquer directement l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE au lieu des règles de conduite, il appartient à la Commission d'examiner cette allégation et de motiver sa décision (points 68 à 72 de l'arrêt).

En l'espèce, la Cour estime que la Grèce n'a pas apporté au Tribunal la preuve de circonstances économiques exceptionnelles autres que celles visées par la communication précitée et susceptibles d'en écarter son application en faveur de l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE.

La Cour rejette donc le pourvoi.

J. D. – J. Z. ■

2. Tribunal de l'Union européenne

Aides à la restructuration et recapitalisation – Continuité économique – Critère de l'investisseur privé :

Le Tribunal de l'Union européenne confirme que des aides à la restructuration et d'autres mesures accordées par une société nationale de chemins de fer à une de ses filiales constituent des aides incompatibles et une application abusive d'aides autorisées (*Trib. UE, 12 déc. 2015, SNCF c/ Commission, aff. T-242/12*)

Contexte factuel et juridique

Le Tribunal rejette le recours intenté par la *Société nationale des chemins de fer française (SNCF)* contre la décision de la Commission du 9 mars 2012 ("décision *Sernam 3*", n° 2012/398/UE) et confirme, par la même occasion, le raisonnement suivi par la Commission.

La décision *Sernam 3* déclare incompatible avec le marché intérieur une série d'aides dont a bénéficié *Sernam*, une filiale de la *SNCF* qui, au moment de l'octroi des aides litigieuses exerçait des activités de messagerie et de transport express de colis, de palettes et de transport routier.

Sans revenir sur les détails de l'évolution de *Sernam*, il suffit ici de rappeler les points suivants :

- plan d'aide de 503 millions d'euros à *Sernam* mis en place par la *SNCF* pour la période 2001-2004 en violation par l'État de son obligation de notification préalable ; toutefois, la Commission déclare ces aides compatibles à la condition que la *SNCF* vende *Sernam* (décision *Sernam 1* du 23 mai 2001 – affaire NN 122/00) ;
- violation par l'État des conditions de la décision *Sernam 2* entraînant un abus de l'aide approuvée par la décision *Sernam 1*, mais la Commission approuve à nouveau les aides sous de nouvelles conditions (décision *Sernam 2* du 20 octobre 2004 – affaire C 32/03) et déclare qu'une nouvelle aide de 41 millions est incompatible et doit être récupérée ; selon les nouvelles conditions imposées, *Sernam* ne pouvait que développer ses activités de transport ferroviaire et devait se séparer de son activité de transport routier sauf si elle vendait ses actifs en bloc au plus tard avant le 30 juin 2015, dans le cadre d'une procédure ouverte et transparente ; une vente partielle ou intégrale de *Sernam* devait être effectuée lors d'une procédure ouverte et transparente et la récupération de l'aide incompatible d'une valeur de 41 millions d'euros devait être à la charge de *Sernam* si celle-ci existait toujours.

Suite à la décision *Sernam 2*, l'État français procède à une vente en bloc et lance un appel d'offres. Les offres de prix

sont fortement négatives et la *SNCF* sélectionne l'offre la moins négative faite par un consortium associé au management de *Sernam*. Ce consortium se retire ensuite de l'opération de cession et la *SNCF* continue l'opération avec le management seul. Ensemble, ils définissent des conditions de transaction moins favorables que les conditions formulées initialement avec le consortium et même moins favorables que certaines offres initialement formulées par d'autres candidats acquéreurs.

L'opération se déroule en octobre 2005 en quatre temps : (i) recapitalisation de *Sernam* par la *SNCF* à hauteur de 57 millions d'euros ; (ii) apport par *Sernam* à sa filiale *Sernam Xpress* de l'ensemble de ses actifs et passifs ; (iii) augmentation de capital par la *SNCF* de *Sernam Xpress* pour 2 millions d'euros ; (iv) cession par la *SNCF* et *Sernam* de leurs actions dans *Sernam Xpress* à la société constituée à cet effet par le management, en l'occurrence la *Financière Sernam*. Fin 2005, *Sernam* est liquidée judiciairement et l'aide à récupérer en vertu de la décision *Sernam 2* est inscrite au passif ainsi que des dettes de 38,5 millions d'euros qui n'avaient pas été intégrées à l'opération de vente. En 2011, *Sernam Xpress* est dissoute et l'ensemble de son patrimoine est repris par son associé unique *Financière Sernam*.

Suite à diverses plaintes, la Commission adopte une nouvelle décision le 9 mars 2012 (*Sernam 3* – affaire SA.12522, ex- C 37/08) qui est la décision attaquée faisant l'objet de l'arrêt commenté. La décision *Sernam 3* stipule notamment que :

- l'aide de 503 millions d'euros a été mise en œuvre abusivement et est incompatible avec le marché intérieur ; cette aide a bénéficié à *Financière Sernam* et à ses filiales (*Sernam Xpress*, *Sernam Services* et *Aster*) ;
- l'aide de 41 millions d'euros a également bénéficié à *Financière Sernam* et à ses filiales (*Sernam Xpress*, *Sernam Services* et *Aster*) ;
- la recapitalisation de 57 millions d'euros et l'abandon de créances d'un montant de 38,5 millions d'euros sont des aides incompatibles avec le marché intérieur ; et
- toutes ces aides doivent être récupérées par la France.

Le Tribunal rejette l'ensemble des moyens soulevés par la *SNCF* contre cette décision *Sernam 3*.

Arrêt du Tribunal

L'arrêt est volumineux (422 points) et on se limitera à l'essentiel des questions juridiques à retenir.

Sur l'interprétation de la décision *Sernam 3* et l'application abusive de l'aide autorisée par la décision *Sernam 2*

La Commission estime que les conditions prescrites par la décision *Sernam 2* n'ont pas été respectées et notamment

la finalité de la vente en bloc d'actifs de *Sernam*. La cession a eu lieu le 17 octobre 2005, c'est-à-dire après la date butoir du 30 juin 2005 ; la cession ne peut pas être qualifiée de vente étant donné le prix de vente négatif ; la cession ne peut pas être qualifiée de vente d'actifs en bloc, mais d'une transmission universelle (actif et passif) de patrimoine ainsi que d'une cession d'actions, alors que seuls les actifs de *Sernam* devaient être cédés ; la cession ne consiste pas en la cession des actifs de *Sernam* au moment de la décision *Sernam 2*, mais des actifs augmentés d'une recapitalisation de 57 millions d'euros non approuvée au préalable ; la *SNCF* n'a pas choisi la meilleure offre, mais une nouvelle offre formulée après l'appel d'offres et la cession ne met pas fin à la distorsion de concurrence comme cela aurait dû être le cas.

L'arrêt du Tribunal confirme ces objections de la Commission. Toutefois, il réfute l'argument selon lequel il ne pouvait y avoir eu de vente pour cause de prix négatif. Le Tribunal motive principalement son arrêt en se fondant sur deux jurisprudences constantes de la Cour.

D'une part, le principe d'interprétation téléologique du droit de l'Union (point 86 de l'arrêt). D'autre part, le principe selon lequel le dispositif d'un acte doit toujours être lu et interprété à l'aune de ses motifs (point 87 de l'arrêt). Le Tribunal rejette une interprétation littérale et strictement limitée au dispositif de la décision *Sernam 3*. Il affirme, par ailleurs, que si le libellé du dispositif est lapidaire ou imprécis, il convient de se référer aux motifs exposés pour en tirer son sens plein et entier. Le Tribunal rappelle également que le droit des aides d'État ne se soucie pas des constructions juridiques, mais des réalités économiques qu'elles emportent (point 103 de l'arrêt). Le Tribunal énonce enfin qu'il convient d'analyser une décision de la Commission par rapport à sa propre motivation et non par rapport à des décisions antérieures (point 122 de l'arrêt).

Eu égard à ces principes, le Tribunal se fonde sur des considérants utiles de la décision *Sernam 2* pour déterminer tant sa finalité que son interprétation. Ainsi, le Tribunal détermine qu'il ressort de la motivation de la décision *Sernam 2* que sa finalité est de mettre fin à une distorsion de concurrence en sortant du marché une entreprise déficitaire (*Sernam*) soit en cédant son activité de transport routier à des tiers indépendants pour se consacrer au transport ferroviaire, soit en cédant ses actifs en bloc à des tiers indépendants avant la date du 30 juin 2015.

Guidé par ces principes d'interprétation et après avoir analysé les faits en cause, le Tribunal donne raison à la Commission sur l'ensemble de ses moyens de défense, à l'exception de ceux relatifs à la qualification de vente. En effet, selon le Tribunal, se fonder notamment sur le droit français (qui n'autorise pas une vente à prix négatif) pour en conclure à l'absence de vente, n'est pas pertinent pour l'application du droit des aides d'État (points 101 à 103).

Nonobstant cette erreur de la Commission, le Tribunal estime que la cession ne répond pas aux conditions strictes stipulées dans la décision *Sernam 2*. Il juge que lorsqu'une décision est fondée sur plusieurs motifs dont

chaque motif peut à lui seul justifier la décision, le rejet d'un des motifs n'entraîne pas, *ipso iure*, l'annulation de la décision. *A contrario*, si la décision se fondait sur plusieurs motifs devant être considérés comme formant un tout alors le rejet d'un des motifs entraînerait l'annulation de la décision, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (points 229 à 232 de l'arrêt).

En conclusion, l'aide d'un montant de 503 millions d'euros préalablement autorisée a bien été appliquée abusivement et doit être récupérée.

Sur le principe de continuité juridique et l'aide de 41 millions d'euros à récupérer

La Commission estime que *Financière Sernam* est devenue débitrice de l'aide incompatible d'une valeur de 41 millions d'euros et qu'il ne peut être considéré que l'inscription de cette dette au passif de *Sernam* est suffisante pour en conclure que l'aide a été récupérée.

Le Tribunal rappelle que selon une jurisprudence l'inscription d'une créance au passif d'une société n'entraîne pas *ipso facto* la récupération de cette créance. Cette présomption n'est valable que si l'autorité publique est dans l'incapacité totale de récupérer cette créance ; tel est le cas lors d'une faillite menant à la dissolution de la société et à la cessation pure et simple de l'activité économique. *A contrario*, si au terme de la faillite, une nouvelle société est constituée en vue de poursuivre l'activité économique de la société faillie et que cette nouvelle société bénéficie toujours des effets de l'aide, alors elle sera débitrice de l'aide incompatible à charge pour l'État de récupérer cette aide auprès de cette dernière. Le Tribunal précise, en outre, que la société nouvelle continue à bénéficier des effets de l'aide si elle a acquis la société faillie à un prix non conforme au prix du marché ou si l'acquisition a eu pour effet de contourner l'obligation de récupération ou si le prix d'acquisition est conforme au prix du marché mais n'a pas suffi à compenser les effets de l'aide. Cette interprétation résulte de l'objectif de l'obligation de récupération des aides incompatibles avec le marché intérieur, en l'occurrence la suppression de la distorsion de concurrence par l'élimination de l'avantage concurrentiel indu que représente l'aide incompatible (point 234 de l'arrêt).

Selon le Tribunal, la Commission a, à bon droit, démontré que *Sernam Xpress* est la continuation juridique de *Sernam* et continue à bénéficier de l'aide incompatible et, par conséquent, devient débitrice de cette aide à rembourser. En effet, *Sernam* est dans son intégralité (hormis une part de sa dette) transférée à *Sernam Xpress*, qui bénéficie de l'aide incompatible d'une valeur de 41 millions d'euros, dès lors elle n'est pas remboursée préalablement au transfert, pour un prix qui n'est pas celui du marché et dans le but de continuer l'activité économique de *Sernam* (point 265).

Par ailleurs, selon la Commission, *Financière Sernam* est redevable du remboursement de la dette même si elle n'a pas acquis *Sernam* mais les actions de *Sernam Xpress*. Cependant, selon une jurisprudence constante, l'acquéreur des actions ne devient en principe pas le débiteur de l'aide incompatible ; le vendeur le reste en principe.

Mais, en l'espèce, *Financière Sernam*, ayant fusionné avec *Sernam Xpress*, devient le continuateur juridique de *Sernam*. Ainsi, une société qui acquiert les actions d'une société étant le continuateur juridique d'une société bénéficiaire d'une aide qui doit être remboursée et qui fusionne avec la société acquise devient elle-même le nouveau débiteur de l'aide à rembourser (points 266 à 268).

Sur le principe de l'investisseur privé et de l'aide nouvelle de 57 millions d'euros

Selon la décision *Sernam 3*, la recapitalisation de *Sernam* pour un montant de 57 millions d'euros est une aide incompatible avec le marché intérieur et doit être remboursée par *Financière Sernam*.

La *SNCF* fait valoir que la Commission n'a pas appliqué le critère de l'investisseur privé pour démontrer que la recapitalisation était bien constitutive d'une aide. Pour justifier la non application du critère de l'investisseur privé, la Commission soulève deux arguments : (i) *in casu* il s'agit d'une situation de récupération d'aide où l'État agit en tant que puissance publique au nom de ses obligations européennes ; (ii) la vente d'actifs en bloc est une mesure compensatoire à l'autorisation de l'aide initiale de 503 millions d'euros et, conformément aux lignes directrices sur les aides au sauvetage et à la restructuration, une vente à un prix négatif ne peut être considérée comme une mesure compensatoire. Dès lors, il s'agit d'une aide de fonctionnement en faveur de l'entreprise.

Le Tribunal confirme que la cession en bloc des actifs de *Sernam* est bien une mesure compensatoire et qu'une mesure compensatoire qui vise à effacer une distorsion de concurrence peut conduire à des décisions qui ne sont économiquement pas optimales pour un investisseur privé. Par conséquent, le critère de l'investisseur privé doit être écarté. Le Tribunal confirme donc le raisonnement de la Commission, sans même examiner le premier motif invoqué par celle-ci (points 305 à 310 de l'arrêt).

Le Tribunal confirme enfin que *Financière Sernam* est bien bénéficiaire de l'aide. En effet, ayant fusionné avec *Sernam Xpress*, continuateur juridique de *Sernam*, *Financière Sernam* devient le continuateur de *Sernam* et, en conséquence, bénéficiaire de l'aide incompatible qui doit être remboursée (voir points 320 à 324 de l'arrêt).

Les moyens fondés sur les principes généraux de l'Union

La *SNCF* et l'État français, partie intervenante, invoquaient également, la violation des droits de la défense, la violation du principe de confiance légitime et de sécurité juridique et la violation du principe du délai raisonnable.

Ces moyens sont rejetés par le Tribunal qui rejette intégralement le recours en annulation contre la décision *Sernam 3*.

J. D. – J. Z. ■

Avantage sélectif – Affectation des échanges – Obligation de motivation :

Le Tribunal de l'Union européenne annule la décision de la Commission européenne qualifiant d'aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur le régime espagnol de leasing fiscal mis en place pour le financement et l'acquisition de navires, en raison, notamment, de l'absence de sélectivité de ce régime (*Trib. UE, 17 déc. 2015, Espagne c/ Commission et Lico leasing c/ Commission, aff. jtes T-515/13 et T-719/13*)

À la suite des affaires concernant le régime de participation des entreprises imposables en Espagne dans une société étrangère (arrêts *Autogrill España c/ Commission, T-219/10, EU:T:2014:939* et *Banco Santander et Santusa c/ Commission, T-399/11, EU:T:2014:938*), c'est à nouveau un régime fiscal espagnol, en l'occurrence, celui dit de "leasing fiscal" (RELF), qui donne l'occasion au Tribunal de recadrer sévèrement la Commission, s'agissant, notamment, de son appréciation du caractère sélectif d'une mesure étatique.

Ce régime repose sur un montage complexe organisé, dans le cadre du financement et l'acquisition de navires, par une banque, agissant en qualité d'intermédiaire entre un acheteur (une compagnie maritime) et un vendeur (un chantier naval). Outre la banque, la compagnie maritime et le chantier naval, un tel montage fait également intervenir une société de location-vente, un groupement d'intérêt économique (GIE) et les membres du GIE (investisseurs) qui en détiennent des parts. L'objectif du RELF est de générer des avantages fiscaux en faveur des investisseurs et de transférer la plupart de ces avantages (de 85 % à 90 %) à la compagnie maritime qui achète le navire, sous la forme d'un rabais sur le prix (de 20 % à 30 %) auprès d'un chantier naval. Les investisseurs conservent les autres avantages (de 10 % à 15 %) au titre de retour sur investissement. Les avantages découlent de cinq mesures fiscales, applicables aux contrats de location-financement, aux GIE et aux activités maritimes.

Après avoir été saisie de plaintes reprochant au RELF de ne profiter qu'aux chantiers navals espagnols, et à la suite de l'ouverture d'une procédure formelle d'examen, la Commission a adopté, le 17 juillet 2013, la décision 2014/200/UE (JO 2014, L 114, p. 1), par laquelle elle considère que trois des cinq mesures fiscales en cause constituent une aide d'État bénéficiant aux GIE et à leurs investisseurs, illégalement mise à exécution depuis le 1^{er} janvier 2002 et partiellement incompatible avec le marché intérieur. Tout en la limitant aux opérations postérieures au 30 avril 2007, la Commission a ordonné la récupération de l'aide auprès des investisseurs, sans que ceux-ci ne puissent en transférer la charge à d'autres personnes.

C'est dans ce contexte que l'Espagne et plus de 60 entreprises, dont *Lico Leasing*, un investisseur, et *Pequeños y Medianos Astilleros Sociedad de Reconversión (Pymar)*,

une société qui coopère avec les chantiers navals, ont introduit des recours en annulation contre cette décision devant le Tribunal.

Statuant sur les recours “pilotes” introduits par l’Espagne, d’une part, et *Lico* et *Pyma*, d’autre part, le Tribunal a été amené à examiner, au-delà des questions liées à la recevabilité des recours introduits par ces deux entreprises, l’existence d’un avantage sélectif et la motivation de la décision litigieuse.

Le RELF n’accorde pas d’avantage aux GIE

Avant d’examiner, en tant que tel, le caractère sélectif des mesures en cause, le Tribunal se penche sur la nature des bénéficiaires des avantages issus du RELF. À cet égard, il part du constat que l’article 1^{er} de la décision attaquée identifie les trois mesures fiscales considérées comme constituant une aide d’État “aux GIE et à leurs investisseurs”. Il s’agit en l’occurrence de l’amortissement anticipé de certains biens, du régime spécial de taxation au tonnage, et d’une taxation dérogatoire des plus-values de certaines ventes.

Or, le Tribunal constate que si les GIE ont bénéficié de ces trois mesures, ce sont en fait les membres des GIE, à savoir les investisseurs, qui ont bénéficié des avantages économiques découlant de celles-ci. En effet, le principe de transparence fiscale, en vertu duquel les avantages fiscaux qui sont accordés aux GIE constitués aux fins du RELF ne peuvent bénéficier qu’à leurs membres, à savoir les investisseurs, n’a pas été remis en cause par la Commission.

Aussi, le Tribunal conclut, en toute logique, que, en l’absence d’avantage économique en faveur des GIE, c’est à tort que la Commission a estimé que ceux-ci avaient bénéficié d’une aide d’État (point 117). Cette première erreur étant identifiée, il restait au Tribunal à examiner le caractère sélectif des mesures en cause en tant qu’elles concernent les investisseurs.

Le RELF n’a pas de caractère sélectif à l’égard des investisseurs

Dans la décision attaquée, la Commission a procédé à un examen du caractère sélectif de chaque mesure en cause avant de procéder à une analyse globale de la sélectivité du RELF. Toutefois, aucun des motifs invoqués à cet égard par la Commission, contestés par les requérants, n’emporte la conviction du Tribunal.

La sélectivité du RELF ne découle pas du fait que le fisc, sur la base d’un pouvoir discrétionnaire, n’autorise le bénéfice des avantages en cause qu’à certaines opérations

Dans la décision attaquée, la Commission a notamment considéré que le RELF possédait un caractère sélectif en raison du fait que le fisc, sur la base d’un pouvoir discrétionnaire, n’autorisait le bénéfice des avantages en

cause qu’aux “opérations [...] destinées à financer des navires de mer”, opérations auxquelles participaient les investisseurs.

Afin d’examiner le bien-fondé d’une telle démonstration, le Tribunal vérifie si la sélectivité peut découler, tout d’abord, du fait que l’avantage en cause est lié à un certain type d’investissement et, ensuite, d’un prétendu pouvoir discrétionnaire du fisc.

En premier lieu, le Tribunal constate que si les avantages en cause sont réservés aux investisseurs qui prennent des participations dans des GIE constitués dans le cadre du RELF, il n’en demeure pas moins que cette possibilité était ouverte à toute entreprise assujettie en Espagne dans les mêmes conditions, sans que la loi n’impose un montant minimal nécessaire pour une telle prise de participation. La Commission ne contestait d’ailleurs pas ce constat. Partant, tout opérateur pouvait bénéficier des avantages fiscaux en cause en réalisant un certain type d’opération ouverte, dans les mêmes conditions, à toute entreprise sans distinction. Or, le Tribunal souligne que lorsqu’un avantage est accordé, dans les mêmes conditions, à toute entreprise en raison de la réalisation d’un certain type d’investissement accessible à tout opérateur, il revêt un caractère général à l’égard de ces opérateurs et ne constitue pas une aide d’État au bénéfice de ces derniers. Cette appréciation s’imposait à l’évidence dès lors que, ainsi qu’il a été rappelé dans l’arrêt *Autogrill España c/ Commission* (précité, EU:T:2014:939, point 41), la détermination d’une catégorie d’entreprises qui sont les seules favorisées par la mesure en cause est une condition nécessaire à la reconnaissance de l’existence d’une aide d’État. Il s’ensuit que l’avantage perçu par les investisseurs qui ont participé aux opérations au titre du RELF ne peut être considéré comme sélectif, au motif que seules les entreprises qui réalisaient ce type particulier d’investissement par l’intermédiaire d’un GIE en bénéficiaient (point 155). Le Tribunal rejette donc l’argument de la Commission selon lequel la mesure litigieuse est sélective à l’égard des investisseurs, parce que seules les entreprises qui réalisent un certain type d’investissement par l’intermédiaire d’un GIE en bénéficient. Cette situation se rapprochait de celle prévalant dans les affaires ayant conduit aux arrêts *Autogrill España c/ Commission* (précité, EU:T:2014:939), et *Banco Santander et Santusa c/ Commission* (précité, EU:T:2014:938), dont il ressort que le fait que les avantages en cause soient accordés en raison d’un investissement dans un bien particulier à l’exclusion d’autres biens ou d’autres types d’investissements ne les rend pas sélectifs à l’égard des investisseurs dans la mesure où l’opération est ouverte à toute entreprise. Raison pour laquelle le Tribunal s’appuie sur ces arrêts, alors même que des pourvois ont été introduits à leur encontre.

En second lieu, le Tribunal relève que, malgré l’existence d’un système d’autorisation comportant de prétendus éléments discrétionnaires, les avantages en cause demeureraient ouverts dans les mêmes conditions à tout investisseur qui décidait de participer aux opérations concernées par le RELF. Partant, selon le Tribunal, le pouvoir discrétionnaire du fisc, à supposer même qu’il soit établi, n’aurait conduit, *de jure* et *de facto*, qu’à définir

le type d'opération susceptible de bénéficier des avantages fiscaux en cause, à savoir les opérations au titre du RELF destinées à financer des navires de mer, à l'exclusion d'autres biens. Il n'en demeure pas moins que la possibilité de participer à ces opérations était ouverte, sans aucune restriction, à toute entreprise sans discrimination, même après l'octroi des autorisations par le fisc. L'avantage dont ont bénéficié les investisseurs ne pouvait donc pas être considéré comme étant sélectif sur la base d'un prétendu pouvoir discrétionnaire du fisc (point 160).

Dans ces conditions, le Tribunal conclut que c'est à tort que la Commission a estimé que le RELF conférait un avantage sélectif aux investisseurs dans la mesure où l'administration fiscale n'autorisait, sur la base d'un prétendu pouvoir discrétionnaire, que les "opérations au titre du RELF destinées à financer des navires de mer", auxquelles ils participaient (point 163).

Force est de constater que l'analyse menée en l'espèce par le Tribunal s'inscrit nettement dans la série jurisprudentielle dans le cadre de laquelle les juridictions de l'Union portent une attention toute particulière à la condition relative à l'existence d'un avantage sélectif, nécessaire à la qualification d'une mesure comme étant une aide d'État (voir, par exemple, arrêts *Ministerio de Defensa et Navantia*, C-522/13, EU:C:2014:2262, *Autogrill España c/ Commission*, précité, EU:T:2014:939, *Banco Santander c/ Commission*, précité, EU:T:2014:938, *MOL c/ Commission*, T-499/10, EU:T:2013:592, *Hanses-tadt Lübeck c/ Commission*, T-461/12, EU:T:2014:758).

La Commission n'a pas suffisamment motivé l'existence d'un caractère sélectif du RELF en raison du fait qu'il favoriserait certaines activités

Dans la décision attaquée, la Commission a également constaté que le RELF favorisait "certaines activités, à savoir l'acquisition de navires de mer par l'intermédiaire de contrats de location-vente, en particulier en vue de leur affrètement coque nue et de leur revente ultérieure".

Or, il est constant que ces activités sont réalisées par les GIE.

Dès lors, le Tribunal relève que si la Commission avait considéré que les avantages perçus par les investisseurs étaient sélectifs en raison de la réalisation de ces activités, il lui appartenait de préciser dans la décision attaquée que les activités des GIE correspondaient à celles de leurs membres, c'est-à-dire les investisseurs, ou, à tout le moins, qu'elles pouvaient leur être attribuées. Tel n'a toutefois pas été le cas, la Commission n'ayant à aucun moment, de l'avis du Tribunal, expliqué comment les activités des GIE pouvaient être attribuées à leurs membres.

Quant à l'affirmation, figurant dans la décision attaquée, selon laquelle les investisseurs "opèrent au travers du GIE sur les marchés de l'affrètement coque nue et de l'achat et de la vente de navires de mer", le Tribunal note qu'elle entre en contradiction avec d'autres appréciations, dont il ressort notamment que les investisseurs n'exercent aucune activité maritime.

Partant, le Tribunal estime que la décision attaquée est entachée, à cet égard, d'un défaut de motivation, voire d'une contradiction de motifs.

Pour l'ensemble de ces raisons, le Tribunal estime que c'est à tort que la Commission a identifié dans la décision attaquée l'existence d'un avantage sélectif et, partant, d'une aide d'État en faveur des GIE et des investisseurs (point 178).

Il poursuit néanmoins son examen, en se penchant sur la question de l'affectation des échanges et de l'atteinte à la concurrence.

La Commission n'a pas suffisamment motivé l'existence d'une affectation des échanges et d'une atteinte à la concurrence

Afin de justifier l'affectation des échanges et de l'atteinte à la concurrence, la Commission s'est fondée, dans la décision attaquée, sur deux constats, dont le Tribunal estime toutefois qu'ils ne font pas l'objet d'une motivation suffisante.

Ainsi, s'agissant, en premier lieu, du constat selon lequel les investisseurs opèrent dans tous les secteurs de l'économie et les avantages renforcent leur position sur leurs marchés respectifs, le Tribunal considère qu'il s'agit d'une affirmation de portée générale susceptible d'être appliquée à tout type de soutien étatique. La Commission ne se réfère, selon le Tribunal, à aucune circonstance spécifique qui expliquerait pourquoi, en l'espèce, les mesures litigieuses risquent de distordre la concurrence et affectent les échanges sur les marchés sur lesquels les investisseurs opèrent. Au regard des circonstances particulières de l'espèce, elle aurait dû fournir plus d'indications permettant de comprendre comment l'avantage retenu par les investisseurs, et non les compagnies maritimes ou les chantiers navals, était susceptible de fausser ou de menacer de fausser la concurrence et d'affecter les échanges au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE sur les marchés sur lesquels ils opèrent.

S'agissant, en second lieu, du constat selon lequel, les investisseurs opèrent, au travers du GIE, sur les marchés sur lesquels ces derniers sont actifs, qui sont également ouverts au commerce entre États membres, le Tribunal rappelle que la Commission n'a pas expliqué dans la décision attaquée pourquoi les GIE constitués aux fins du RELF et leurs membres formaient une entité juridique ou économique unique, de telle sorte que les activités du GIE auraient pu être attribuées à leurs membres. Il relève, au surplus, que la Commission se contredit en admettant, en substance, que les GIE qui participent à des opérations au titre du RELF constituent, pour leurs membres, un vecteur d'investissement plutôt qu'une structure permettant d'exercer conjointement une activité.

Dans ces conditions, le Tribunal estime que la Commission a violé son obligation de motivation lorsqu'elle a conclu que les mesures en cause risquaient de fausser la concurrence et affectaient les échanges entre États membres.

En conclusion, ce ne sont pas moins de quatre erreurs affectant la décision de la Commission qui ont été identifiées dans le cadre de l'arrêt sous commentaire. Il n'était certes pas nécessaire, pour le Tribunal, d'examiner l'ensemble des arguments l'ayant conduit à constater ces erreurs. Il aurait notamment pu faire l'économie de l'analyse de la motivation des conditions tenant à l'affectation du commerce et la distorsion de concurrence. Il ne saurait cependant être exclu que, en procédant ainsi, le Tribunal entendait renforcer le raisonnement de son arrêt d'annulation, afin de limiter les chances de succès d'un éventuel pourvoi, et ainsi "purger" les nombreux recours introduits devant lui concernant le RELF.

R. V. ■

Aides à la restructuration – Avantage – Droits de la défense: Le Tribunal de l'Union européenne confirme qu'une aide accordée par l'Autriche et l'Allemagne à une banque est compatible avec le marché intérieur (*Trib. UE, 28 janv. 2016, Autriche c/ Commission, aff. T-427/12*)

Contexte factuel et juridique

Cet arrêt concerne un recours en annulation par l'Autriche contre une décision de la Commission du 25 juillet 2012 (SA.28487) déclarant une aide accordée à la banque *Bayerische Landesbank (BLDB)* par l'Allemagne et l'Autriche compatible avec le marché intérieur. Il s'agit d'une aide octroyée dans le contexte de la crise financière de 2008.

En décembre 2008, *BLDB* doit renforcer ses capitaux propres en urgence. L'Allemagne lui accorde, outre une garantie générale, une injection de capital d'un montant de 10 milliards d'euros. La Commission approuve cette aide au sauvetage selon les conditions habituelles. Cette recapitalisation permet à *BLDB* d'injecter 700 millions d'euros dans une de ses filiales, *Hypo Group Alpe Adria (HGAA)*, établie en Autriche. Au même moment, l'Autriche y injecte également 900 millions d'euros et lui accorde des garanties de liquidités, dans le cadre d'un plan de soutien au secteur bancaire autrichien préalablement approuvé par la Commission. En avril 2009, suite à cette aide au sauvetage, l'Allemagne et l'Autriche notifient un plan de restructuration respectivement pour *BLDB* et *HGAA*. En mai 2009, la Commission décide d'ouvrir une procédure formelle d'examen. Le 18 décembre 2009, l'Autriche notifie à la Commission un nouveau plan d'aide à *HGAA*. Ce plan d'aide prévoit, notamment, le rachat par l'État autrichien des actions *HGAA* détenues par *BLDB*. Le contrat de rachat, prévoit, entre autres, que *BLDB* maintient le financement intragroupe, déjà en place, d'un montant total de 2 638 milliards d'euros et accorde deux autres prêts. L'intégralité de ce financement intra-groupe est garantie par l'État autrichien. Le 23 décembre 2009, la Commission autorise ses mesures jusqu'à l'adoption d'une décision définitive. En juin 2010, la Commission proroge cette

autorisation temporaire. En juillet 2012, la Commission adopte la décision attaquée.

L'Autriche conteste la qualification d'aide d'État bien que l'aide ait été déclarée compatible avec le marché intérieur.

Arrêt du Tribunal

Motivation

L'Autriche soutient que la Commission a failli à son obligation de motivation en ne justifiant pas suffisamment en quoi les garanties prévues par le contrat de cession d'actions constituent une aide d'État avantageant *BLDB*.

Le Tribunal rappelle à cet égard le principe selon lequel la motivation doit être adaptée à la nature de l'acte et à son contexte. De plus, la motivation doit être analysée en fonction des circonstances propres à l'acte (contenu, nature des motifs, intérêts de toute personne concernée directement et individuellement à recevoir des explications). La motivation n'implique pas non plus une énonciation exhaustive de l'intégralité des points de faits et de droit, mais doit être suffisante par rapport à son libellé, à son contexte et à l'ensemble des règles juridiques *ad hoc*. La motivation doit enfin tenir compte de l'état du droit et de la situation factuelle existante lors de l'adoption de sa décision.

Dans son arrêt, le Tribunal juge que les motifs exposés dans la décision attaquée respectent ces principes.

Pouvoir de contrôle du juge de l'Union en matière d'application de l'article 107, paragraphe 3, du TFUE

L'Autriche fait valoir que la garantie accordée à *BDLB* n'est pas une aide et, à titre subsidiaire, si elle devait l'être, qu'elle ne pourrait pas être déclarée compatible avec le marché intérieur.

Selon le Tribunal, la garantie est bien constitutive d'un avantage dès lors que *DBLB* n'aurait pas pu obtenir ces garanties dans des conditions normales de marché. Par conséquent, cet avantage – combiné avec les autres conditions réunies et non contestées – est bien constitutif d'une aide d'État.

Le Tribunal rappelle que la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'application de l'article 107, paragraphe 3, TFUE. Ce principe implique que le pouvoir du juge est, selon le Tribunal (citant la jurisprudence de la Cour), limitée à : "la vérification du respect des règles de procédure et de l'obligation de motivation, de l'exactitude matérielle des faits ainsi que de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir". Dès lors, le juge ne peut "substituer son appréciation économique à celle de la Commission" (point 86 de l'arrêt).

Le Tribunal constate que les garanties font partie de l'opération de nationalisation de *HGAA* et que l'opération de restructuration est examinée par la Commission à

l'aune de sa communication sur le retour à la viabilité et l'appréciation des mesures de restructuration prises dans le secteur financier. Le Tribunal constate également que la Commission, après avoir procédé à l'examen décrit ci-dessus, a considéré que les conditions prévues par la communication sont effectivement remplies.

Toutefois, l'Autriche conteste le respect des conditions prescrites par les paragraphes 14 et 33 de la communication en cause. Selon le Tribunal, le paragraphe 14 n'est pas applicable à l'espèce car il ne s'agit pas de garantie de financement classique. Il juge également que le paragraphe 33 ne s'oppose pas à une aide qui favorise l'octroi de crédit sur un territoire national, mais s'oppose à une mesure qui met en péril le marché intérieur.

Le Tribunal conclut que la garantie octroyée par l'Autriche est bien une aide d'État compatible avec le marché intérieur et rejette le moyen soulevé par l'Autriche.

Quant à la clause de non refoulement prévue par l'article 125 TFUE

L'Autriche conteste le fait qu'elle veuille accorder un avantage à BDLB. Elle affirme qu'elle ne veut que soutenir *HGAA*. De plus, elle affirme que BDLB appartient quasi intégralement au Land de Bavière et que, dès lors, la mesure qualifiée d'aide compatible avec le marché intérieur bénéficie *in fine* à l'Allemagne. Selon l'Autriche, ce cas de figure n'est pas régi par les articles 107 et 108 TFUE et ne trouverait aucun fondement dans les Traités. Il serait, par ailleurs, interdit en vertu de l'article 125 TFUE.

Le Tribunal rejette ce raisonnement et explique (citant l'arrêt *Pringle*, C-370/12) que l'article 125 TFUE n'interdit de porter une assistance financière à un État que s'il en résulte une incitation à ne plus pratiquer une politique budgétaire saine et responsable. En effet, l'objectif de cet article est d'inciter et favoriser la poursuite par les États membre d'une politique budgétaire saine et responsable. Ainsi, une aide est parfaitement concevable si l'État bénéficiaire demeure responsable de ses dettes et obligations et est encouragé à adopter une politique budgétaire saine.

Par ailleurs, le Tribunal estime que l'Autriche ne démontre pas en quoi cette aide a rendu l'Allemagne irresponsable budgétairement et rejette ce moyen.

Le Tribunal rejette en conséquence l'intégralité du recours.

J. D. – J. Z. ■

Entreprise en difficulté – Imputabilité à l'État – Critère de l'investisseur privé: Le Tribunal de l'Union européenne confirme l'analyse suivie par la Commission européenne en ce qui concerne l'imputabilité à l'État et la non-conformité avec le critère de l'investisseur privé d'une injection de capital accordée à une entreprise en difficulté (*Trib. UE, 28 janv. 2016, Slovénie c/ Commission, aff. T-507/12*)

Elan, entreprise slovène, active dans la production et la commercialisation d'équipements de skis ainsi que de bateaux destinés à la navigation en mer, tels que des yachts, était majoritairement contrôlée par l'État slovène à travers différentes sociétés. Environ 75 % de son capital était détenu par 3 sociétés, *KAD*, *DSU*, et *KAD-PPS*, propriété à 100 % de l'État slovène. Les actions des deux autres sociétés actionnaires d'*Elan* étaient majoritairement détenues par l'État slovène.

Confrontée à de graves difficultés, *Elan* a cherché à obtenir de ses associés en 2008 une recapitalisation à hauteur de 25 millions d'euros. Cette demande a été rejetée, ces derniers n'étant disposés à injecter que 10 millions d'euros sous condition notamment d'un rééchelonnement des dettes d'*Elan* par ses créanciers.

Bien que le rééchelonnement des dettes n'ait pas été obtenu, les associés ont finalement consenti à une augmentation de capital de 10 millions d'euros qui a été qualifiée par la Commission en 2012 d'aide illégale et incompatible avec le marché intérieur, dont elle a ordonné la récupération.

La Slovénie a attaqué cette décision en estimant en particulier que l'augmentation de capital ne lui était pas imputable et qu'elle remplissait le test de l'investisseur privé avisé en économie de marché. La requérante mettait également en cause la motivation de la décision attaquée sur ces deux questions, mais ce grief était particulièrement faible et ne sera donc pas examiné ici.

Sur l'imputabilité de la mesure à l'État

Le Tribunal rappelle les principes découlant de l'arrêt *Stardust* (CJUE, 16 mai 2002, France c/ Commission, aff. C-482/99). L'imputabilité d'une mesure à l'État ne peut être déduite de la seule circonstance que la mesure en cause a été prise par une entreprise publique, mais il ne saurait être exigé une démonstration, sur le fondement d'une instruction précise, que les autorités publiques ont incité concrètement l'entreprise publique à prendre les mesures d'aide en cause. L'imputabilité à l'État d'une mesure d'aide prise par une entreprise peut être déduite d'un ensemble d'indices résultant des circonstances de l'espèce et du contexte dans lequel cette mesure est intervenue.

Il procède ensuite à l'examen très détaillé des différents arguments avancés par les autorités slovènes pour contester l'imputabilité de l'injection de capital à l'État et les

rejette un à un. Il importe ici de souligner que les indices d'imputabilité de la mesure litigieuse à l'État slovène étaient légion :

- l'État slovène nommait les conseils de surveillance (qui avaient tous dû approuver la recapitalisation litigieuse) de tous les associés du bénéficiaire ;
- *KAD* et *DSU* avaient des missions de caractère public ;
- des informations journalistiques mettaient en évidence la manière dont le public percevait l'approche gouvernementale de la politique industrielle à cette époque ;
- un rapport de l'OCDE confirmait l'active politique industrielle de l'État slovène ;
- un rapport de 2006 d'une société de conseil indépendante, concernant l'estimation de la valeur du bénéficiaire, faisait ressortir l'importance des considérations politiques dans le processus décisionnel des sociétés *KAD* et *DSU* ;
- un document du gouvernement slovène de 2009 apportait des éclaircissements supplémentaires quant au rôle de *KAD* au service des besoins de la politique industrielle slovène ;
- les cinq associés du bénéficiaire, tous sous le contrôle direct ou indirect de l'État, avaient adopté un comportement parallèle, infléchissant simultanément leur approche lors de l'assemblée générale d'*Elan*, en renonçant à obtenir avant toute recapitalisation l'accord préalable des banques créancières pour un rééchelonnement des dettes.

En présence d'une pareille série d'indices, la tâche de la requérante était difficile. Si le rejet de son moyen n'est guère surprenant, les précisions apportées par le Tribunal dans la conduite de l'analyse d'imputabilité n'en sont pas moins intéressantes.

La Slovénie reprochait à la Commission de n'avoir pas apporté de preuve concrète et indiscutable de son implication active dans l'adoption de la mesure en cause. Le Tribunal rappelle qu'une telle démonstration n'est pas requise. Il suffit que les indices retenus indiquent, dans le cas concret, une implication ou l'improbabilité d'une absence d'implication de l'État dans la mesure, eu égard notamment à l'ampleur de celle-ci, à son contenu, ou aux conditions qu'elle comporte.

La requérante contestait la pertinence du caractère public des missions de *KAD* et de *DSU* (notamment l'alimentation des caisses de retraite et l'achèvement des opérations de privatisation) dans l'imputabilité de la mesure litigieuse à l'État. En effet, la Slovénie observait que ces missions n'avaient de lien ni avec les activités du bénéficiaire ni avec la décision de recapitalisation. Le Tribunal rejette l'argument de la requérante et considère que la nature publique des missions de certains associés est un indice pertinent d'imputabilité de la mesure à l'État.

La Slovénie estimait encore que l'on ne pouvait pas fonder l'analyse d'imputabilité de la mesure sur le contrôle qu'elle exerçait sur les associés du bénéficiaire, qui constituaient des entreprises de droit privé. Le Tribunal rappelle que le fait que les associés du bénéficiaire soient des entreprises créées en vertu du droit privé et que celles-ci développent leurs activités dans le cadre du droit des sociétés ne permet pas d'exclure d'emblée toute imputabilité à l'État de la mesure prise par les associés du bénéficiaire. Il estime que la Commission peut tenir compte de la manière dont sont désignés les organes des associés, même lorsque ce mode de désignation résulte simplement de la qualité de propriétaire de l'État, et qu'il s'agit bien d'un indice d'imputabilité de la mesure à l'État (insuffisant toutefois à lui seul pour parvenir à une conclusion).

Il est intéressant de constater que l'État membre ne peut se prévaloir utilement de son propre droit des sociétés pour considérer qu'un indice d'imputabilité correspond à la norme nationale et n'est donc pas pertinent. Le Tribunal s'attache à l'influence réelle que cette organisation sociale peut conférer à l'État sur la prise de décision.

Le Tribunal précise qu'il n'est pas nécessaire que les membres des organes sociaux nommés par l'État soient par ailleurs titulaires de fonctions publiques ou employés de la hiérarchie étatique pour que cette nomination soit un indice d'imputabilité.

S'agissant de la conduite par l'État d'une politique industrielle, le Tribunal reconnaît la pertinence de tous les indices utilisés par la Commission, qu'il s'agisse du rapport de l'OCDE, du rapport d'expert indépendant, ou du rapport publié par le gouvernement slovène sur les adaptations structurelles en cours, ou même des informations diffusées par la presse (même s'il souligne la valeur probante très faible des informations simplifiées publiées par la chaîne de télévision slovène et par un magazine sportif allemand). Ces indices demeurent pertinents même lorsqu'ils se rapportent au comportement général de l'État slovène à l'égard des entreprises dont il est propriétaire et non spécifiquement à l'opération de recapitalisation en cause.

Le Tribunal tient également compte de l'ampleur et de l'objet de la mesure litigieuse, qui portait sur 10 millions d'euros pour apprécier la probabilité de l'implication des autorités publiques dans l'adoption de la mesure prise.

La position du Tribunal montre bien que la preuve de l'implication de l'État dans la prise de décision est une preuve libre et réaliste, compte tenu de l'impossibilité dans la plupart des cas d'établir la preuve directe et concrète de l'implication active de l'État dans la prise de décision des entreprises publiques. Les arguments que l'État peut tirer de sa propre organisation interne, de son droit des sociétés, et de la neutralité du Traité à l'égard du droit de propriété, sont limités. Il est certes libre de s'organiser comme il l'entend, mais les possibilités réelles d'influence sur la prise de décision que lui confère cette organisation ne peuvent être ignorées.

Sur l'application du critère de l'investisseur privé

Le Tribunal rappelle qu'«*un investisseur privé ne se contente pas du fait qu'un investissement ne lui cause pas de pertes ou qu'il lui apporte des bénéfices limités. En effet, il cherchera une maximisation raisonnable du rendement de son investissement, en fonction des circonstances présentes et de la satisfaction de ses intérêts à court, à moyen ou à long terme, y-compris dans le cas d'un investissement dans une entreprise dans le capital social de laquelle il détient déjà une participation [...]*» (point 192).

Les arguments de la Slovénie pour contester l'analyse de la Commission quant à l'absence de conformité du comportement de l'État avec celui d'un investisseur privé avisé étaient assez limités. Outre les éléments de détail propres au cas d'espèce, l'arrêt du Tribunal contient quelques indications sur le mode d'application du test de l'investisseur privé.

Ainsi, la Slovénie reprochait à la Commission d'avoir traité différemment la mesure de recapitalisation de 2007 et celle de 2008, la première ayant été considérée comme conforme au principe de l'investisseur privé, tandis que la seconde ne l'était pas. Le Tribunal observe que les circonstances ont changé entre 2007 et 2008 et que les conditions des deux recapitalisations ne sont pas semblables. En 2008, l'entreprise était directement menacée d'insolvabilité.

La Slovénie considérait que, parmi les quatre évaluations disponibles de l'entreprise, la Commission avait choisi la plus basse. Le Tribunal explique que ce choix était justifié, car l'estimation la plus basse était également la plus pertinente eu égard aux circonstances de l'espèce, seule l'évaluation prise en compte par la Commission tenant compte de toutes les dettes du bénéficiaire et de ses obligations potentielles. Ainsi, lorsque plusieurs évaluations sont disponibles, il n'y a aucune obligation pour la Commission d'écarter l'évaluation la plus défavorable au bénéficiaire.

En outre, le fait qu'une précédente évaluation datant de quelques mois esquisse une tendance défavorable ne la fait pas échapper à l'obsolescence lorsque les difficultés s'aggravent et peuvent être réellement constatées. La Commission est alors fondée à écarter l'évaluation obsolète.

Quant au refus des banques de rééchelonner les dettes d'*Elan* préalablement à la recapitalisation, il pouvait être considéré comme un indice de la grave situation financière qui affectait le bénéficiaire, quand bien même ce refus était contemporain de la crise bancaire.

Sans être particulièrement innovant, l'arrêt du Tribunal privilégie là encore une analyse précise de la situation économique réelle de l'entreprise au moment de l'injection de capitaux.

B. S. ■

Sélectivité d'une mesure fiscale – Report de pertes – Cohérence d'une mesure fiscale : Le Tribunal de l'Union européenne estime que la possibilité, pour les entreprises en difficulté ayant changé d'actionnaires, de conserver le bénéfice de leurs reports de pertes, alors que les entreprises ayant changé d'actionnaires perdent normalement cette faculté, constitue un avantage sélectif (*Trib. UE, 4 fév. 2016, Heitkamp Bauholding c/ Commission, aff. T-287/11*)

Les deux arrêts du 4 février 2016 (outre l'arrêt *Heitkamp Bauholding c/ Commission* qui est ici discuté, le Tribunal a rendu le même jour un autre arrêt : *Trib. UE, 4 février 2016, GFKL Financial Services c/ Commission*. Ce dernier arrêt ne sera pas discuté ci-après car son apport est similaire à celui de l'arrêt *Heitkamp Bauholding c/ Commission*) relatifs au Sanierungsklausel (législation fiscale allemande concernant le report des pertes sur les années fiscales futures) présentent un cas intéressant d'analyse de sélectivité d'une mesure fiscale.

La législation allemande relative à l'impôt sur les sociétés prévoit que les pertes réalisées au cours d'un exercice fiscal peuvent être reportées sur des exercices fiscaux ultérieurs. Ces pertes peuvent donc être soustraites du revenu imposable des années suivantes.

Cette règle présente toutefois un inconvénient : elle conduit à l'acquisition, aux seules fins d'économie d'impôt, de sociétés qui ne sont que des coquilles vides, c'est-à-dire d'entreprises qui ont cessé toute activité commerciale depuis un certain temps, mais qui disposent encore de reports de pertes. Le législateur allemand a donc prévu que la règle autorisant le report de pertes ne s'appliquerait pas (ou pas entièrement) lorsqu'une partie importante du capital de la société (plus de 25 % selon les dispositions de la loi, à l'issue d'une modification introduite en 2008) serait transférée.

Le législateur allemand a ensuite dérogé à cette disposition interdisant le report de pertes, en faveur des entreprises en difficulté acquises à des fins d'assainissement. Cette clause d'assainissement est entrée en vigueur le même jour que la règle de mis en non-valeur des pertes. Ultérieurement, deux autres dérogations à cette règle de non-report ont encore été introduites en faveur des groupes d'entreprises et dans le cas où les reports correspondent à des réserves latentes.

La Commission a estimé que la clause d'assainissement constituait un avantage sélectif en faveur des entreprises en difficulté. Elle a qualifié cette clause de régime d'aides d'État incompatible avec le marché intérieur et a ordonné la récupération des aides accordées en application de cette dernière.

Après avoir examiné la recevabilité (qui ne sera pas discutée dans le cadre de la présente chronique) du recours d'*Heitkamp Bauholding*, société privée du

bénéfice de la clause d'assainissement à la suite de l'intervention de la Commission, le Tribunal traite de la sélectivité de la clause d'assainissement et examine essentiellement trois questions : cette clause constitue-t-elle une dérogation par rapport au système de référence en introduisant des différenciations entre opérateurs se trouvant, au regard de l'objectif poursuivi par ledit régime, dans une situation factuelle et juridique comparable ? Cette dérogation est-elle justifiée par la nature et la logique du système fiscal ? Le fait que la dérogation s'applique à un vaste ensemble d'entreprises en difficulté appartenant à divers secteurs de l'économie lui permet-il d'échapper à la qualification de mesure sélective ?

La clause d'assainissement déroge-t-elle au système de référence ?

Cette première question peut elle-même se subdiviser en deux étapes (qui constituent traditionnellement les deux premières étapes de l'examen de sélectivité des mesures fiscales) : il faut tout d'abord identifier le système de référence pour ensuite s'interroger sur l'existence d'une dérogation à ce système.

Les deux théories en présence peuvent se résumer de la manière suivante : selon la Commission, tout en constituant une dérogation à la règle générale autorisant les reports de pertes, la mise en non-valeur des pertes constituait le cadre de référence, c'est-à-dire la règle générale applicable dans tous les cas de modification substantielle de l'actionnariat ; selon la requérante, soutenue par l'Allemagne, le système de référence était au contraire constitué par la règle du report des pertes qui se rattachait elle-même au principe constitutionnel d'imposition des sociétés selon leur capacité contributive (de sorte qu'en accordant ce report aux entreprises en difficulté, le législateur allemand n'avait pas dérogé au système de référence).

Le Tribunal observe que la règle de non-report des pertes s'applique systématiquement à tous les cas de figure de modification de l'actionnariat égale ou supérieure à 25 % du capital, sans distinguer selon la nature ou les caractéristiques des entreprises concernées. Il ajoute qu'en outre, la clause d'assainissement est libellée sous forme d'exception à la règle de la mise en non-valeur des pertes et ne s'applique qu'aux situations, bien définies, qui sont sujettes à cette dernière règle. La clause d'assainissement ne s'applique qu'en fonction de la règle de mise en non-valeur des pertes. Il en déduit que le cadre législatif pertinent en l'espèce est composé par la règle générale du report de pertes, telle que limitée par la règle de mise en non-valeur des pertes.

Il semble que le Tribunal identifie la limite du système de référence comme étant en substance le point où l'on passe du général au particulier. Il tient également compte de la manière dont la mesure examinée se rattache au système d'imposition.

La Commission ayant correctement défini le système de référence, la clause d'assainissement apparaissait bien comme une dérogation à ce système. Il restait cependant

à déterminer si les entreprises bénéficiant de la clause d'assainissement se trouvaient dans une situation juridique et factuelle comparable à celle des entreprises auxquelles s'appliquait la règle du non-report de pertes, au regard de l'objectif du système de référence.

La requérante soutenait que l'objectif du système de référence était d'éviter les abus de reports de pertes. Partant, seules les entreprises qui remplissent les conditions de la clause d'assainissement se trouveraient dans une situation factuelle et juridique comparable, car elles ne seraient pas en mesure d'abuser des reports de pertes, à la différence des autres entreprises dont l'actionnariat a été substantiellement modifié.

Le Tribunal écarte cet argument de deux manières, l'une principale, l'autre subsidiaire.

Il estime que la finalité pertinente du système fiscal est d'empêcher que les entreprises dont l'actionnariat a été modifié ne reportent leurs pertes et qu'au regard de cet objectif, les entreprises en difficulté ayant changé d'actionnaires se trouvent dans une situation juridique et factuelle comparable à celle des entreprises visées par la règle de non-report des pertes.

À titre subsidiaire, même en supposant donc que l'interdiction de report de pertes ait pour objectif pertinent d'éviter les risques d'abus, le Tribunal constate que la clause d'assainissement ne permet pas le report de pertes, lorsque l'entreprise n'est pas en difficulté, quand bien même il n'y aurait pas de risques d'abus. Il en déduit que les conditions d'application de la clause d'assainissement ne sont pas liées à l'objectif de prévenir les abus et que cette clause a pour effet de favoriser les entreprises en difficulté.

L'argument subsidiaire du Tribunal montre bien l'importance qu'il attache au manque de cohérence de la mesure examinée, qui entraîne un traitement distinct d'entreprises pour lesquelles aucun risque d'abus n'existe, les unes se voyant refuser le report de pertes tandis que les autres peuvent en bénéficier.

La clause d'assainissement est-elle justifiée par la nature et la logique du système de référence ?

La logique anti-abus de la mesure d'interdiction de report de pertes pour les sociétés ayant changé d'actionnaires était encore invoquée par la requérante pour tenter de démontrer que la clause d'assainissement était justifiée par la nature et la logique du système fiscal. Elle répétait que la raison pour laquelle les entreprises en difficulté bénéficiaient de la clause litigieuse était que, dans le cas d'entreprises en difficulté répondant aux conditions fixées par la loi, aucun abus de reports de pertes n'était à craindre.

Le Tribunal observe que le libellé de la mesure litigieuse révèle son objectif qui est de favoriser les entreprises en difficulté. Outre le libellé de la mesure, il prend en compte les conditions dans lesquelles les entreprises en difficulté

peuvent bénéficier de la clause d'assainissement, conditions dont certaines ne peuvent s'expliquer par l'objectif de la mesure allégué par la requérante. Partant, l'objectif poursuivi par cette mesure est externe aux principes fondateurs ou directeurs du système fiscal.

Là encore, le Tribunal développe un motif subsidiaire de rejet de l'argumentation de la requérante, tiré de l'incohérence de la mesure examinée par rapport à l'objectif prétendument poursuivi. Ici, le Tribunal détaille les incohérences qu'entraîne la mesure dans le traitement fiscal des entreprises au regard des objectifs avancés par la requérante, qu'il s'agisse de l'objectif d'épargner les sociétés pour lesquelles aucun risque d'abus de report de pertes n'existe, ou de l'objectif d'imposer les sociétés selon leur capacité contributive.

Les entreprises en difficulté constituent-elles une catégorie d'entreprises ?

La requérante tentait encore de se prévaloir de la jurisprudence *Autogrill* (Trib. UE, 7 nov. 2014, *Autogrill Espana c/ Commission*, aff. T-219/10). On rappellera que cet arrêt très controversé fait actuellement l'objet d'un pourvoi de la Commission devant la Cour.

Selon la requérante et l'Allemagne, la mesure litigieuse bénéficiait à toute entreprise en difficulté et constituait donc une mesure générale ne bénéficiant pas à une catégorie d'entreprises (de la même façon que dans l'affaire *Autogrill* le Tribunal avait considéré qu'une mesure favorisant l'exportation de capitaux était une mesure générale). En effet, une telle mesure s'appliquerait indépendamment de la taille, du secteur ou de l'importance de l'activité économique de l'entreprise en difficulté.

Le Tribunal rejette cet argument en observant que la mesure litigieuse définit son champ d'application *ratione personae* : elle ne vise qu'une catégorie d'entreprises qui se trouvent dans une situation spécifique, à savoir les entreprises en difficulté.

Cet arrêt met particulièrement l'accent sur l'exigence de cohérence qui pèse sur l'État membre dans la définition des objectifs et de la logique de son système fiscal. L'approche du Tribunal permet d'éviter que des motifs fictifs ou secondaires ne soient avancés par les États membres pour tenter de justifier des mesures qui visent en réalité à favoriser certaines entreprises, pour des motifs tout à fait distincts des objectifs généraux internes du système fiscal. On peut rapprocher le souci exprimé ici par le Tribunal de celui qui l'avait également animé dans l'arrêt *British Aggregates* (Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates Association c/ Commission*, aff. T-210/02 RENV).

B. S. ■

Sauvetage d'entreprises en difficulté – Aide sous la forme d'une garantie de l'État – Phase préliminaire d'examen :

Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne déclarant, à l'issue de la phase préliminaire d'examen, qu'une garantie étatique pour des lignes de crédit apportée par l'Italie à une entreprise produisant des compresseurs constituait une aide d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, mais qu'elle respectait les conditions pour être déclarée compatible avec le marché intérieur, en tant qu'aide au sauvetage pour une entreprise en difficulté (*Trib. UE, 1er mars 2016, Secop c/ Commission*, aff. T-79/14)

Mêlant les questions relatives aux procédures en matière d'aides d'État et aux procédures de contrôle des concentrations, le litige soumis au Tribunal dans l'affaire *Secop c/ Commission* ne manque pas d'originalités, et ce d'autant plus que des contentieux commerciaux nationaux en constituent la trame de fond.

Cadre factuel

Ce litige trouve son origine dans les difficultés économiques rencontrées par la société italienne *ACC Compressors*, active depuis 1960 dans la production et la commercialisation de compresseurs pour des réfrigérateurs à usage domestique. Elle détenait 100 % du capital d'*ACC Austria* et, par l'intermédiaire de cette dernière, 100 % du capital d'*ACC Germany* et d'*ACC USA*. En 2012, des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes à l'encontre d'*ACC Germany* et d'*ACC Austria*. *ACC Compressors* a quant à elle été déclarée insolvable et placée sous administration extraordinaire en 2013.

Le 20 avril 2013, *Secop Kompressoren*, une filiale de *Secop*, a conclu avec les administrateurs d'*ACC Austria* un contrat d'achat des actifs de cette dernière. Cette acquisition portait notamment sur des brevets jusque-là également utilisés par *ACC Compressors* pour sa propre production. Par décision du 11 décembre 2013 [C(2013) 9329 final], fondée sur l'article 6, paragraphe 1, sous b), du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 24, p. 1), la Commission a estimé qu'il n'y avait pas lieu de soulever d'objections à l'encontre de cette acquisition, validant ainsi le contrat du 20 avril 2013.

Entre-temps, en novembre 2013, l'Italie avait notifié à la Commission une aide au sauvetage en faveur d'*ACC Compressors*, consistant en une garantie étatique de six mois pour des lignes de crédit visant à pourvoir aux besoins de liquidités de cette entreprise, et ce pour un montant total de 13,6 millions d'euros. Cette garantie devait permettre la poursuite des activités dans l'attente d'un plan de restructuration ou de liquidation.

Par décision du 18 décembre 2013 [C (2013) 9119 final], fondée sur l'article 4, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article [108 TFUE] (JO L 83, p. 1), la Commission a estimé, à l'issue de la phase préliminaire d'examen visée à l'article 108, paragraphe 3, TFUE, qu'il n'y avait pas lieu de soulever d'objections à l'encontre de la mesure notifiée. Elle a en effet considéré que la mesure notifiée constituait une aide d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, mais qu'elle respectait les conditions pour être déclarée compatible avec le marché intérieur, en tant qu'aide au sauvetage pour une entreprise en difficulté.

Par avoir un panorama complet du cadre factuel de cette affaire, il convient de préciser que deux litiges concernant des brevets portant sur les compresseurs étaient, lors de l'examen par la Commission, en cours devant des tribunaux allemand et italien entre *ACC Compressors* et *Secop Austria*, qui s'opposaient en particulier sur la question de savoir si un accord de licence avait valablement été conclu entre elles.

C'est dans ce contexte que *Secop* a introduit un recours devant le Tribunal afin de contester la décision du 18 décembre 2013.

La Commission n'a pas commis d'erreur en n'ouvrant pas la procédure formelle d'examen

La première question posée par ce recours était de savoir si la Commission avait valablement décidé de ne pas ouvrir la procédure formelle d'examen.

Après avoir procédé à un rappel didactique de la jurisprudence pertinente concernant l'examen d'une telle question (points 22 à 29), le Tribunal écarte, de manière systématique, les quatre griefs soulevés par *Secop* à cet égard.

Le bénéficiaire de l'aide n'est pas "une entreprise nouvellement créée"

En premier lieu, *Secop* estimait que, à la suite de la vente des actifs d'*ACC Austria*, les brevets litigieux ne seraient plus utilisables par *ACC Compressors*, laquelle devrait alors être considérée comme une entreprise nouvellement créée, au sens du point 12 des lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté (JO 2004, C 244, p. 2, ci-après les "lignes directrices").

À cet égard, premièrement, le Tribunal rappelle que le point 12 des lignes directrices prévoit qu'"une entreprise nouvellement créée ne peut bénéficier d'aides au sauvetage ou à la restructuration, même si sa position financière initiale est précaire. Tel est notamment le cas lorsqu'une nouvelle entreprise naît de la liquidation d'une entreprise préexistante ou de la reprise de ses seuls actifs [...]". Interprétant la portée de ce point, le Tribunal estime que celui-ci a pour but "d'éviter que ne soient créées des entreprises non viables ou des activités

déficitaires qui, dès leur création, seraient dépendantes de l'aide publique" et que "la précision apportée à la deuxième phrase dudit point vise notamment le cas de la cession des actifs d'une personne morale préexistante à une autre personne morale, nouvellement créée ou préexistante". C'est ainsi que, selon le Tribunal et à rebours de la position de la requérante, "c'est l'entité économique dans laquelle les actifs acquis ont été nouvellement intégrés qui pourrait, le cas échéant, se voir qualifiée d'entreprise nouvelle alors que, du point de vue de la personne morale qui cède des actifs, le but d'une telle opération pourrait être précisément le sauvetage de celle-ci" (point 32).

Deuxièmement, le Tribunal rejette l'interprétation de *Secop* selon laquelle la qualification d'une entreprise de "nouvelle" peut résulter, non seulement de la reprise par le bénéficiaire d'une aide des actifs d'une autre société, mais également du transfert d'actifs du bénéficiaire à une autre société. En effet, tout d'abord, il relève que *ACC Compressors* et *ACC Austria* faisaient initialement partie d'une seule et même "entreprise", en ce que ces deux sociétés produisaient les mêmes produits, sur deux sites différents, mais sous une même direction économique. Cette entreprise était dirigée par *ACC Compressors*, tant avant qu'après la cession, et poursuivait – quoique de manière réduite en raison de la session des actifs productifs de *ACC Austria* – la production et la commercialisation de compresseurs. Partant, le Tribunal conclut qu'il s'agit de la même entreprise que celle ayant fabriqué des compresseurs depuis 1960. Ensuite, il constate que, dans l'hypothèse d'une cession d'actifs, ce n'est pas l'entité constituée par les activités économiques conservées par la société cédante qui est pertinente, aux fins de la qualification d'"entreprise nouvellement créée", mais l'entité constituée par les activités économiques de la société cessionnaire, dans laquelle les actifs cédés ont été intégrés. D'ailleurs, de l'avis du Tribunal, il est "normal et raisonnable" pour une entreprise en difficulté de céder certains actifs et de focaliser son activité sur son cœur de métier, que ce soit sous un aspect géographique ou sectoriel, en vue d'améliorer les chances d'un redressement économique, le point 39 des lignes directrices prévoyant la cessation d'actifs en tant que mesure de prévention des distorsions excessives de la concurrence, dans le cadre de l'examen d'un plan de restructuration en vue de l'octroi d'aides à la restructuration. Il serait donc contraire à la finalité générale des lignes directrices qu'une telle vente d'actifs conduise à exclure l'entreprise cédante du bénéfice d'aides au sauvetage.

Troisièmement, le Tribunal souligne que le fait qu'un différend juridique sur des brevets soit en cours entre *ACC Compressors* et *Secop* n'est pas susceptible de conduire à une appréciation différente. En effet, tout d'abord, il constate que, à la date de l'adoption de la décision attaquée, *ACC Compressors* utilisait encore ces brevets pour fabriquer des compresseurs et que rien n'indiquait que cette situation aurait pu changer dans les mois suivants. Ensuite, il considère que ce différend n'était pas pertinent aux fins de l'appréciation de la compatibilité de l'aide en cause. En effet, même si *Secop* obtenait gain de cause, *ACC Compressors* aurait pu obtenir une

licence d'utilisation de ces brevets ou développer d'autres gammes de produits que ceux concernés par les brevets. Au demeurant, la Commission n'avait pas à anticiper l'issue du différend, en substituant son appréciation à celle des juridictions nationales. Enfin, le Tribunal rejette l'argument selon lequel la Commission aurait dû tenir compte du fait que, dans le cadre de la procédure ayant conduit à l'adoption de la décision du 11 décembre 2013, *ACC Compressors* avait allégué que, en cas d'acquisition par *Secop* des actifs d'*ACC Austria*, elle ne pourrait pas continuer sa fabrication de compresseurs, en raison de l'impossibilité d'utiliser les brevets en cause. En effet, la Commission ayant constaté, dans cette décision, que cette impossibilité était hypothétique, l'allégation en cause ne constituait pas une information déterminante pour l'appréciation de la relation concurrentielle entre *ACC Compressors* et *Secop*. Il ne saurait lui être reproché, conclut le Tribunal, de ne pas l'avoir prise en compte dans le cadre de la procédure en matière d'aides d'État ayant conduit à la décision du 18 décembre 2013.

Logiquement, le Tribunal écarte donc le premier grief de *Secop*.

L'aide litigieuse ne fait pas que "reporter l'inévitable"

En deuxième lieu, *Secop* faisait valoir que l'aide n'aurait pas dû être accordée étant donné qu'elle ne faisait que "reporter l'inévitable", au sens du point 72 des lignes directrices.

À cet égard, le Tribunal rappelle que ce point prévoit, notamment, qu'"il ne doit pas être possible d'autoriser l'octroi répété d'aides au sauvetage qui se borneraient à maintenir le *statu quo*, à reporter l'inévitable et à déplacer entre-temps les problèmes économiques et sociaux sur d'autres producteurs plus performants ou sur d'autres États membres. Une aide au sauvetage ne doit par conséquent être accordée qu'une seule fois (critère de non-récurrence) [...]".

Il en déduit que, dans l'économie des lignes directrices, le fait qu'une aide au sauvetage ne doit pas simplement servir à maintenir le *statu quo* et à reporter l'inévitable est mentionné, à titre illustratif, pour justifier le principe de non-récurrence (point 45).

Or, le Tribunal relève que, en l'espèce, l'aide litigieuse est la première aide au sauvetage accordée à *ACC Compressors* et que, de surcroît, *Secop* s'est bornée à affirmer que l'aide litigieuse ne faisait que "reporter l'inévitable", sans étayer cette affirmation.

À nouveau, le Tribunal écarte donc le grief de *Secop*.

La Commission n'a pas commis d'erreur en ne prenant pas en compte de prétendues aides antérieures

En troisième lieu, *Secop* soutenait que la Commission n'avait pas tenu compte de l'effet cumulé de l'aide en cause avec les prestations prétendument versées antérieurement par le biais de la *Cassa Integrazione*, une caisse

d'allocation de chômage partiel dont les prestations constitueraient des aides d'État.

À cet égard, le Tribunal relève, avec pertinence, que le point 23 des lignes directrices ne prévoit une prise en compte de l'effet cumulé d'aides antérieures avec une nouvelle aide au sauvetage ou à la restructuration que pour les seules aides illégales, faisant l'objet d'une décision négative comportant un ordre de récupération qui n'a pas encore été mis en œuvre par l'État membre concerné (point 49).

Constatant que les prestations évoquées par *Secop* n'ont pas fait l'objet d'une telle décision, le Tribunal conclut que les lignes directrices n'obligeaient pas la Commission à tenir compte de ces prétendues aides.

Dans un souci manifeste de complétude, le Tribunal examine également si une telle prise en compte s'imposait en l'absence d'obligation en ce sens découlant des lignes directrices, et ce en se fondant sur la définition même des aides au sauvetage. À cet égard, d'une part, il relève que les aides au sauvetage font l'objet d'un examen selon une procédure simplifiée, la Commission s'efforçant, conformément au point 30 des lignes directrices, d'arrêter une décision dans un délai d'un mois, si certains critères sont remplis. Or, selon le Tribunal, "la prise en compte de l'effet cumulé de toute éventuelle aide antérieure prétendument illégale rendrait impossible le respect de ce délai et ne serait donc pas compatible avec le caractère urgent de cet examen et les incidences limitées de ces aides sur la concurrence" (point 52). D'autre part, il estime que la prise en compte de ces aides antérieures pourrait obliger la Commission à effectuer un examen de celles-ci dans le cadre d'une procédure et d'une décision distinctes. Cela pourrait aboutir, soit à refuser une aide au sauvetage, sur le fondement d'un examen superficiel des aides antérieures, alors que ces dernières pourraient ultérieurement se révéler légales ou ne pas constituer une aide, soit à retarder la décision sur l'aide au sauvetage. Une telle manière de procéder est exclue, de l'avis du Tribunal, en raison de son incompatibilité avec les exigences découlant du principe de sécurité juridique (point 53). Dans ces conditions, le Tribunal exclut que la Commission soit tenue de prendre en compte, au-delà du cas évoqué au point 23 des lignes directrices, l'effet cumulé de prétendues aides antérieures avec une aide au sauvetage.

Le grief de *Secop* est donc écarté.

La prétendue politique de vente à perte du bénéficiaire n'est pas établie

En quatrième lieu, *Secop* avançait que la Commission aurait dû tenir compte du risque que l'aide litigieuse puisse permettre à *ACC Compressors* de poursuivre la politique de vente à perte qu'elle pratiquait depuis 2013.

Le Tribunal écarte sèchement ce grief, en constatant que *Secop* ne produit aucun élément d'explication ou de preuve susceptible d'étayer ses allégations.

Le principe d'égalité de traitement a été respecté

Parallèlement à la question de l'ouverture de la procédure formelle d'examen, le recours posait également celle du respect du principe d'égalité de traitement. En effet, *Secop* prétendait qu'elle n'avait pas eu l'occasion de présenter son point de vue dans le cadre de la procédure en matière d'aides d'État pour s'opposer à l'octroi de l'aide, alors que *ACC Compressors* avait pu faire valoir ses observations dans le cadre de la procédure en matière de contrôle des concentrations afin de s'opposer à la cession des actifs de *ACC Austria*.

Se fondant sur un examen, au regard de la réglementation applicable, des positions procédurales respectives de ces sociétés, le Tribunal conclut que "la situation de [*Secop*], dans le cadre de la procédure en matière d'aides d'État ayant conduit à la [décision du 18 décembre 2013], est différente de celle d'*ACC Compressors* dans le cadre de la procédure en matière de concentration ayant conduit à la décision [du 11 décembre 2013], en ce qu'*ACC Compressors* disposait d'un droit à être entendue avant l'adoption de cette dernière décision" (point 67). Il en conclut donc que le fait que la Commission se soit abstenue, avant l'adoption de la décision du 18 décembre 2013, de donner à la requérante l'occasion de faire valoir son point de vue ne constitue pas une violation du principe d'égalité de traitement.

La Commission a correctement mené l'instruction

Le dernier point saillant du recours avait trait à l'exercice par la Commission de ses pouvoirs d'instruction dans le cadre de la phase préliminaire d'examen.

Secop reprochait en effet à la Commission de ne pas avoir tenu compte des informations contenues dans la procédure ayant conduit à la décision du 11 décembre 2013 et de s'être contentée des informations fournies par les autorités italiennes et par *ACC Compressors*, concernant en particulier le différend relatif aux brevets.

La Commission ne contestait pas le fait qu'elle n'avait pas pris en compte, dans la procédure ayant abouti à la décision du 18 décembre 2013, des informations recueillies dans le cadre de la procédure ayant abouti à la décision du 11 décembre 2013. Restait néanmoins à savoir si la Commission pouvait, voire devait, prendre en compte lesdites informations.

Étant donné que le Tribunal avait déjà relevé que le litige sur les brevets n'était pas pertinent aux fins de l'appréciation de la compatibilité avec le marché intérieur de l'aide litigieuse, une réponse négative s'imposait à l'évidence.

Le Tribunal prend néanmoins soin d'examiner, avec une attention particulière, la portée, d'une part, de l'obligation d'instruction de la Commission dans le cadre de la phase préliminaire d'examen et, d'autre part, de l'interdiction, découlant de l'article 17, paragraphe 1, du règlement n° 139/2004, d'utiliser à d'autres fins les informations recueillies dans une procédure en matière de contrôle des concentrations.

Dans ce contexte, deux précisions intéressantes sont apportées.

Premièrement, le Tribunal considère que, même si "les informations recueillies en application du règlement [n° 139/2004] ne peuvent être directement utilisées comme moyens de preuve dans une procédure non régie par ce règlement, elles constituent toutefois des indices qui peuvent, le cas échéant, être pris en compte pour justifier l'ouverture d'une procédure sur le fondement d'une autre base légale" (point 82). Il transpose ainsi aux informations recueillies par la Commission dans le cadre du règlement n° 139/2004, la solution dégagée dans le cadre de l'utilisation par les autorités de concurrence nationales d'informations recueillies dans le cadre d'une procédure en matière d'ententes au niveau de l'Union (voir, à cet égard, arrêts du 17 octobre 1989, *Dow Benelux c/ Commission*, 85/87, Rec, EU:C:1989:379, points 18 à 20, et du 16 juillet 1992, *Asociación Española de Banca Privada*, C-67/91, Rec, EU:C:1992:330, points 39 et 55). Un tel principe est en phase avec l'article 12, paragraphe 1, du règlement n° 2015/1589 du Conseil, du 13 juillet 2015, portant modalités d'application de l'article 108 TFUE (JO L 248, p. 9) qui prévoit, à l'instar de ce que prévoyait en substance l'article 10 du règlement n° 659/1999, que la Commission peut, de sa propre initiative, examiner les informations concernant une aide présumée illégale, "quelle qu'en soit la source".

Néanmoins, en l'espèce, *Secop* ne reprochait pas à la Commission de s'être abstenue d'ouvrir une procédure en matière d'aides d'État sur le fondement des informations recueillies dans le cadre de la procédure en matière de contrôle des concentrations, mais lui reprochait de ne pas avoir tenu compte de ces dernières dans le cadre de la procédure en matière d'aides d'État déjà en cours.

Deuxièmement, le Tribunal dégage le principe selon lequel "en adoptant une décision sur la compatibilité d'une aide d'État, la Commission doit tenir compte des conséquences d'une concentration qu'elle est en train d'apprécier dans le cadre d'une autre procédure, dans la mesure où les conditions de cette concentration sont de nature à influencer l'appréciation de l'affectation de la concurrence susceptible d'être induite par l'aide en cause" (point 86). Ce faisant, il applique par analogie au cas d'espèce la jurisprudence selon laquelle en adoptant une décision sur la compatibilité d'une aide avec le marché intérieur, la Commission ne saurait ignorer le risque d'une atteinte à la concurrence dans le marché intérieur de la part d'opérateurs économiques particuliers (arrêt du 31 janvier 2001, *RJB Mining c/ Commission*, T-156/98, Rec, EU:T:2001:29, point 113).

Toutefois, une telle obligation n'existait pas en l'espèce, faute pour le litige sur les brevets d'être pertinent aux fins de l'examen de la compatibilité de l'aide.

En conclusion, même si la lecture de l'arrêt sous commentaire laisse percevoir que le recours de *Secop* était pour le moins confus, en particulier s'agissant des moyens soulevés, il n'en demeure pas moins qu'il donne l'occasion au Tribunal d'apporter des précisions utiles

et nouvelles concernant, l'interprétation des lignes directrices, la portée de l'obligation d'instruction de la Commission dans le cadre de la procédure préliminaire d'examen, ainsi que les liens entre les procédures en matière de contrôle des concentrations et en matière d'aides d'État.

R. V. ■

Service public – Obligation de service public – Compensation : Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne qualifiant d'aide d'État incompatible avec le marché intérieur une compensation rétroactive accordée par les autorités italiennes à une entreprise exploitant des liaisons interrégionales par autocars (*Trib. UE, 3 mars 2016, Simet c/ Commission, aff. T-15/14*)

Simet est une société italienne qui fournit des services de transport de voyageurs par route, et exploite notamment un réseau de liaisons interrégionales régulières par autocars entre la Calabre et d'autres régions d'Italie. Ces liaisons interrégionales étaient exploitées en vertu de concessions annuelles accordées par les autorités italiennes, sur la base d'un cahier des charges. En 1999, *Simet* a demandé à ces autorités de lui verser une compensation en contrepartie des obligations de service public qu'elle avait assumées dans le cadre de l'exploitation de ces liaisons depuis 1987. Cette demande a été rejetée, au motif qu'elle ne remplissait pas les conditions prévues par le règlement n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (JO L 156, p. 1). À la suite du refus, en 2009, du Tribunal administratif régional du Latium de reconnaître son droit à percevoir la somme de 66 891 982 euros en contrepartie des charges qu'elle avait assumées du fait de l'exécution d'obligations de service public depuis 1987, *Simet* a saisi, en appel, le Conseil d'État italien. Par un arrêt de 2010, celui-ci a jugé que *Simet* était en droit de recevoir des paiements compensatoires, tout en précisant que le montant de ces paiements devrait être déterminé par les autorités publiques sur la base de données fiables des comptes de *Simet*.

En 2011, le Conseil d'État italien a rendu une ordonnance visant à forcer les autorités italiennes à procéder au calcul du montant des paiements compensatoires en application de son arrêt de 2010. Face à l'impossibilité pour lesdites autorités de procéder à ce calcul, cette même juridiction a, en 2012, rendu une nouvelle ordonnance nommant trois experts indépendants chargés de déterminer ce montant. Ceux-ci ne sont pas parvenus à une conclusion unanime. Un rapport majoritaire, signé par deux experts, concluait que les paiements compensatoires dus à *Simet* s'élevaient à 22 049 796 euros alors qu'un rapport minoritaire, signé par le troisième expert, concluait, que les données disponibles n'étaient pas suffisantes et qu'aucune compensation ne pouvait donc être accordée.

À la suite de l'ordonnance de 2011, les autorités italiennes ont notifié à la Commission l'octroi d'une compensation en faveur de *Simet*, en exécution de l'arrêt de cette juridiction de 2010. À l'issue d'une procédure formelle d'examen, la Commission a adopté, le 2 octobre 2013, la décision 2014/201/UE (JO 2014, L 114, p. 67). Par cette décision, la Commission déclare que les paiements compensatoires en faveur de *Simet* constituent une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur, que les autorités italiennes ne peuvent pas mettre à exécution.

Simet a donc introduit un recours contre cette décision, que le Tribunal a rejeté intégralement à la faveur d'un arrêt du 3 mars 2016.

Alors que *Simet* avançait de nombreux griefs à l'encontre de la décision entreprise, seules les questions ayant trait, d'une part, à l'objet de la mesure ordonnée par le Conseil d'État italien et, d'autre part, à l'appréciation des obligations pesant sur *Simet*, présentent un intérêt dans le cadre de la présente chronique.

Avant d'examiner ces questions, il est utile de rappeler que le règlement n° 1191/69 énonce, en son article 1, paragraphe 4, que les charges qui découlent pour les entreprises de transport du maintien des obligations indispensables pour garantir la fourniture de services de transport suffisants font l'objet de compensations. L'article 2 de ce même règlement définit en outre les obligations de service public comme étant celles comprenant l'obligation d'exploiter, l'obligation de transporter et l'obligation tarifaire.

La mesure ordonnée par le Conseil d'État italien visait à compenser les charges découlant de l'imposition de prétendues obligations de service public

Simet faisait valoir que le Conseil d'État italien n'avait pas condamné les autorités italiennes à lui verser une compensation en raison de l'imposition d'obligations de service public, au sens du règlement n° 1191/69, mais à l'indemniser en raison du préjudice que lui aurait causé l'imposition unilatérale de telles obligations en violation dudit règlement, pour la période comprise entre 1987 et 2003.

Eu égard au libellé de la décision du Tribunal administratif régional du Latium de 2009 et de l'arrêt du Conseil d'État de 2010, une telle argumentation était manifestement vouée à l'échec.

C'est ainsi que, en se fondant sur ces derniers, le Tribunal constate que la mesure en cause en l'espèce n'avait pas pour objet d'indemniser un préjudice résultant de la violation du règlement n° 1191/69, mais bien de compenser les charges imputables à l'imposition de prétendues obligations de service public en application des dispositions dudit règlement.

En particulier, il relève qu'il ressort de l'arrêt du Conseil d'État de 2010 que le paiement auquel ont été condamnées les autorités italiennes devait intervenir à titre de

compensation et que celle-ci devait correspondre, selon les termes mêmes dudit arrêt, à la charge imputable aux obligations de service public imposées à *Simet*. Cette juridiction avait de surcroît explicitement sursis à statuer sur l'action en dommages et intérêts introduite par *Simet*.

À titre surabondant, le Tribunal souligne que, même à supposer que la mesure notifiée soit considérée comme une indemnisation du préjudice causé par l'imposition d'obligations de service public en violation du règlement n° 1191/69, *Simet* ne saurait faire valoir, dans le même temps, que cette indemnisation était susceptible d'échapper à la qualification d'aide d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, au seul motif qu'elle visait à compenser l'imposition de telles obligations au sens de ce même règlement. Cela reviendrait en effet à contourner l'application des articles 107 TFUE et 108 TFUE. Or, le Tribunal constate que rien ne remet en cause le constat selon lequel la mesure en cause constitue une aide d'État, de sorte que la thèse selon laquelle celle-ci n'est pas une compensation au sens du règlement n° 1191/69, mais une indemnisation du préjudice causé par la violation de ce dernier, est, en tout état de cause, inopérante.

Le bénéficiaire de la mesure n'était pas soumis à des obligations de service public au sens du règlement n° 1191/69

Simet reprochait par ailleurs à la Commission d'avoir considéré qu'elle n'avait pas été soumise à des obligations de service public, au sens du règlement n° 1191/69.

Cette argumentation ne convainc pas le Tribunal.

Premièrement, le Tribunal estime que les obligations auxquelles *Simet* a été soumise, en vertu de décisions de concessions annuelles de 1987 au 30 juin 1992, ne constituaient pas des obligations indispensables pour garantir la fourniture de services de transport suffisants, au sens de l'article 1^{er} du règlement n° 1191/69. D'une part, s'agissant des obligations pesant sur *Simet* en raison de la fixation des tarifs par voyageurs et de la nécessité de soumettre une grille de prix à l'approbation préalable des autorités italiennes, le Tribunal constate qu'elles ne constituent pas des obligations tarifaires au sens de l'article 2, paragraphe 5, du règlement n° 1191/69. Cette disposition définit l'obligation tarifaire comme "l'obligation pour les entreprises de transport d'appliquer des prix fixés ou homologués par voie d'autorité contrairement à l'intérêt commercial de l'entreprise et résultant soit de l'imposition, soit du refus de modification de mesures tarifaires particulières, notamment pour certaines catégories de voyageurs, certaines catégories de produits ou pour certaines relations". Or, en l'espèce, *Simet* n'a ni allégué ni démontré que la fixation des tarifs dans les décisions de concessions annuelles visait des catégories déterminées de voyageurs ou de produits, ou des relations déterminées. D'autre part, dans la mesure où certaines des obligations contenues dans ces décisions, telles que celles relatives à la définition du parcours, au nombre de courses et à leur fréquence, au temps de parcours, à la délivrance de billets pour le transport des voyageurs, etc., pourraient s'analyser comme des "obligations d'exploiter" ou une

"obligation de transporter", au sens de l'article 2, paragraphes 3 et 4, du règlement n° 1191/69, le Tribunal relève que le système prévu par la législation italienne permettait à *Simet* de demander le renouvellement des décisions de concessions annuelles ou de ne pas le faire si elle jugeait que les obligations de service public auxquelles était soumise l'exploitation d'une ligne interrégionale ne lui convenaient pas, de sorte qu'elles ne constituaient pas des obligations imposées par l'État de façon unilatérale.

Deuxièmement, le Tribunal considère que les obligations auxquelles *Simet* a été soumise en vertu des décisions de concessions annuelles du 1^{er} juillet 1992 à 2003 ne pouvaient lui donner droit à une compensation. En effet, il ressort de l'article 1^{er} du règlement n° 1191/69, dans sa version applicable à compter du 1^{er} juillet 1992, que seules les entreprises de transport urbain, suburbain ou régional étaient susceptibles de percevoir une compensation dans l'hypothèse où l'État décidait de leur imposer ou de maintenir à leur égard des obligations de service public. Or, l'activité de *Simet* était relative à l'exploitation de lignes interrégionales, de sorte que, à compter du 1^{er} juillet 1992, elle ne pouvait pas se voir imposer par l'État d'obligations de service public et ne pouvait pas non plus, en conséquence, prétendre à des compensations pour les charges assumées au titre de ces obligations.

Dans ces conditions, le Tribunal conclut que la Commission n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que les autorités italiennes n'avaient pas imposé de façon unilatérale des obligations de service public au sens du règlement n° 1191/69 à *Simet* pour la période allant de 1987 à 2003.

En conclusion, le recours étant en grande partie fondé sur une lecture controuée de l'arrêt du Conseil d'État italien de 2010 et du règlement n° 1191/69, laquelle ne pouvait que faire l'objet d'un rejet, l'intérêt de l'arrêt sous commentaire est assez limité. Tout au plus réside-t-il dans la circonstance, assez originale, que la mesure d'aide en cause découle, de fait, d'une décision de la juridiction administrative suprême d'un État membre et non d'une autorité exécutive ou législative.

R. V. ■

Procédure collective d'insolvabilité – Test du créancier privé – Droits de la défense: Le Tribunal de l'Union européenne estime que la Commission européenne n'a pas procédé à un examen suffisamment approfondi de l'intérêt qu'aurait eu un créancier privé à accepter un concordat dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité (*Trib. UE, 16 mars 2016, Frucona Kosice c/ Commission, aff. T-103/14*)

Le Tribunal devait connaître à nouveau d'un concordat accepté en 2004 par l'administration fiscale slovaque et homologué par un juge national, que la Commission avait qualifié d'aide d'État incompatible avec le marché

intérieur et dont elle avait ordonné la récupération. La Commission avait notamment estimé qu'un créancier privé avisé en économie de marché n'aurait pas accepté un tel concordat (qui entraînait un remboursement limité à 35 % du montant des dettes fiscales de *Frucona Kosice*) et qu'il aurait au contraire privilégié une liquidation de la société. À tout le moins, il aurait été plus avantageux, pour l'administration fiscale, d'utiliser la procédure d'exécution fiscale que d'accepter le concordat.

La première décision finale de la Commission avait été prise en 2006 et confirmée par le Tribunal. Toutefois, l'arrêt du Tribunal avait été annulé sur pourvoi (CJUE, 24 janvier 2013, *Frucona Kosice c/ Commission*, aff. C-73/11P - commenté dans *Concurrences* n° 2-2013). La Cour avait en substance considéré que la Commission aurait dû porter une appréciation sur les arguments avancés par *Frucona Kosice*, tirés de la durée de la procédure de liquidation, qui pouvaient avoir influencé la décision des autorités d'accepter le concordat. En effet, la durée des procédures ajournant la récupération des sommes dues et pouvant ainsi affecter leur valeur, en cas de longues procédures, il s'agissait d'un élément susceptible d'influencer le processus décisionnel d'un créancier privé normalement prudent et diligent se trouvant dans une situation la plus proche possible de celle de l'autorité fiscale locale. Toutefois, la Cour n'avait pas annulé la décision de la Commission (soutenue par un motif subsidiaire sur lequel le Tribunal ne s'était pas prononcé) et avait renvoyé l'affaire devant le Tribunal.

Consécutivement à l'arrêt de la Cour sur pourvoi, la Commission avait retiré et remplacé sa décision de 2006 par une nouvelle décision aux conclusions similaires, mais comportant de nouveaux éléments de motivation, notamment en ce qui concerne la prise en compte de la durée de la procédure de liquidation. C'est cette nouvelle décision du 16 octobre 2013 que le Tribunal a annulée.

La requérante avançait quatre moyens d'annulation, le premier tiré d'une violation des droits de la défense, le deuxième concernant en substance l'applicabilité du principe du créancier privé avisé en l'espèce, le troisième relatif à la conclusion de la Commission selon laquelle la procédure de liquidation était plus avantageuse que la procédure de concordat et le quatrième portant sur la conclusion de la Commission selon laquelle la procédure d'exécution fiscale était plus avantageuse que la procédure de concordat.

Sur la violation des droits de la défense

Le principal reproche adressé par la requérante à la Commission en ce qui concerne la procédure suivie, était de n'avoir pas rouvert la procédure formelle d'examen avant d'adopter une nouvelle décision, ou à tout le moins de n'être pas revenue vers elle pour lui permettre de compléter son argumentation.

Sans grande surprise, le Tribunal confirme une jurisprudence bien établie selon laquelle une réouverture de la procédure formelle d'examen n'était pas requise pour procéder à l'adoption de la nouvelle décision. Il rappelle

que la décision d'ouverture de la procédure d'examen antérieure à la première décision finale n'était pas viciée et que la procédure visant à remplacer un acte illégal peut être reprise au point précis auquel l'illégalité est intervenue, sans que la Commission soit tenue de recommencer la procédure en remontant au-delà de ce point précis. En l'espèce, la Commission n'a pris en considération que les éléments d'information qui étaient déjà à sa disposition au moment de l'adoption de la première décision finale. Or, la Cour n'avait mis en cause, dans l'arrêt de pourvoi, que la motivation de la décision de la Commission et son appréciation (non la procédure d'examen ou l'exactitude des données de base recueillies au cours de celle-ci). Partant, il n'était pas nécessaire de recueillir à nouveau les observations de la requérante. Le fait que le remplacement de la décision initiale se soit fait à la suite d'un retrait de la décision initiale et non à la suite d'une annulation de cette décision par le Tribunal ou par la Cour ne modifiait pas cette analyse.

Plus généralement, le Tribunal souligne que les intéressés, dont le bénéficiaire de l'aide, ne sauraient prétendre à un débat contradictoire avec la Commission. En outre, la Commission n'est pas tenue d'entendre le bénéficiaire de ressources étatiques sur l'appréciation juridique qu'elle porte sur la mesure en cause et n'est pas tenue d'informer l'État membre concerné, ni *a fortiori*, le bénéficiaire de l'aide, de sa position avant d'adopter sa décision finale, dès lors que les intéressés ont été mis en demeure de présenter leurs observations.

La requérante tentait encore de faire valoir que la Commission ne disposait pas de suffisamment d'éléments d'information pour étayer sa décision finale. Le Tribunal rejette cet argument, dans le cadre du premier moyen, comme constituant un reproche au fond.

Est également écarté l'argument de la requérante tiré de ce qu'en l'espèce, l'État membre ne défendait pas l'intérêt du bénéficiaire. Le Tribunal estime que cette circonstance ne modifie pas l'étendue des droits procéduraux du bénéficiaire et rappelle notamment qu'il ne peut invoquer une violation des droits de la défense de l'État membre, une telle violation constituant une illégalité subjective par nature.

Sur l'applicabilité du test du créancier privé avisé en économie de marché

L'affaire avait ceci de particulier que la Slovaquie elle-même considérait la mesure comme une aide d'État. En d'autres termes, l'État ne prétendait pas du tout avoir agi comme un créancier privé avisé en économie de marché. Dans ces conditions, le test du créancier privé avisé en économie de marché était-il applicable ?

La Commission était d'avis que le test n'était pas applicable en l'espèce, en se fondant en particulier sur les développements de l'arrêt *EDF*. L'État avait agi comme puissance publique. Il ne pouvait avoir agi, à son insu, comme un créancier privé avisé en économie de marché. Au demeurant, il n'existait pas d'éléments suffisants établissant que l'État membre ait agi en sa qualité d'opérateur économique.

Le Tribunal rejette les arguments de la Commission au terme d'un assez long raisonnement composite, lui-même précédé de rappels jurisprudentiels relatifs en particulier à l'arrêt *EDF*.

Les principales étapes de ce raisonnement semblent être les suivantes : le Tribunal s'écarte de l'interprétation de la décision attaquée retenue par la Commission. Il n'y voit pas, contrairement à la Commission, de constat d'inapplicabilité du test de l'investisseur privé avisé en économie de marché. Au-delà de cette question d'interprétation de la décision, le Tribunal estime que le bénéficiaire de l'aide peut invoquer le test du créancier privé avisé, quand bien même l'État admettrait avoir accordé une aide. Il vérifie alors si la Commission a procédé à une appréciation globale des éléments pertinents pour déterminer si l'État avait agi ou non en qualité d'opérateur économique et considère que ce n'est pas le cas. Il relève en particulier que la Commission ne s'est pas prononcée sur les caractéristiques des documents produits par la requérante (en particulier d'un rapport dont il n'est pourtant pas établi qu'il ait été mis à la disposition de l'autorité fiscale compétente avant l'acceptation du concordat).

La dernière étape du raisonnement suivi est peut-être la plus surprenante. Tout en admettant que, dans l'arrêt *Frucona Kosice* sur pourvoi, la Cour ne s'est pas explicitement prononcée sur l'applicabilité du critère du créancier privé, le Tribunal estime que *“dès lors que la Cour a procédé à l'appréciation des conditions d'application du critère du créancier privé, [...] elle a implicitement mais nécessairement considéré ce critère comme étant applicable”* (point 123). Comme la Commission faisait valoir que l'applicabilité du critère du créancier privé n'avait pas été discutée en pourvoi, le Tribunal considère qu'elle aurait pu être évoquée d'office par la Cour. *“La Cour ne l'ayant pas fait, il y a lieu de considérer qu'elle a entendu entériner l'applicabilité de ce critère en l'espèce”* (point 125). Le Tribunal déduit du silence de la Cour que l'applicabilité du critère du créancier privé en l'espèce est revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Il restait encore à déterminer si le raisonnement de la Commission relatif à l'application du test du créancier privé était erroné.

La procédure de liquidation était-elle plus avantageuse pour l'État que la procédure de concordat ?

La requérante soutenait toujours que la procédure de liquidation était moins avantageuse que celle du concordat ou qu'à tout le moins, la Commission n'avait pas démontré le contraire.

Avant d'en venir à l'analyse des faits, le Tribunal procède à nouveau à de longs rappels de principes jurisprudentiels, notamment en ce qui concerne la charge de la preuve que le test du créancier privé n'a pas été respecté, charge qui pèse sur la Commission.

Le Tribunal admet que la Commission a procédé à l'analyse des avantages et inconvénients de la procédure de liquidation judiciaire en comparaison avec la procédure de concordat en tenant compte, notamment, du produit

probable d'une vente des actifs de la requérante dans le cadre de la première procédure et de la durée probable de celle-ci, ainsi que de la qualité de créancier privilégié de l'autorité fiscale locale. Il contrôle ensuite le bien-fondé de l'évaluation du produit de la cession d'actifs de la requérante dans le cadre d'une liquidation judiciaire.

La requérante soutenait notamment que la Commission, qui, selon elle, ne disposait ni de l'expérience, ni des connaissances nécessaires, s'était contentée de procéder à des estimations sans avoir réalisé d'enquête au sujet de la probabilité du bénéfice d'une vente ni cherché à obtenir des expertises ou d'autres preuves étayant son estimation et qu'elle ne pouvait pas remplacer les coefficients de liquidation du rapport fourni par *Frucona Kosice* par d'autres facteurs, à moins d'avoir obtenu des preuves pertinentes de la part d'un expert compétent.

Sur ce point, le Tribunal semble d'abord suivre la Commission. Il rappelle qu'elle n'était pas tenue de s'adjoindre une expertise extérieure et qu'elle ne pouvait au demeurant aliéner son pouvoir d'appréciation au profit d'un expert : *“si la Commission peut, sans d'ailleurs y être tenue, s'adjoindre le concours d'experts extérieurs, elle ne s'en trouve pas pour autant dispensée d'apprécier leurs travaux [...] Un rapport d'expertise ne peut être considéré comme probant, tant par la Commission que par le juge, qu'à raison de son contenu objectif [...]”* (point 172). Il approuve en conséquence la position de la Commission lorsqu'elle écarte les coefficients de liquidation figurant dans le rapport utilisé par la requérante, car il ne contient aucune explication au sujet de ces coefficients.

Toutefois, au point 179 de l'arrêt, le Tribunal semble apporter une légère nuance à son raisonnement : *“[...] si [...] la Commission n'est pas par principe tenue de recourir à des experts extérieurs pour élaborer la décision attaquée, il n'en demeure pas moins qu'il lui appartenait de déterminer si un créancier privé n'aurait manifestement pas accepté la proposition de concordat et que c'est sur elle que pesait la charge de la preuve de ce que les conditions d'application du critère du créancier privé n'étaient pas réunies en l'espèce”*.

En fait, cette formule d'apparence anodine est le prélude au rejet d'un argument important de la Commission (qui devient plus explicite aux points 204 et suivants de l'arrêt). Cette dernière estimait qu'il ne lui appartenait pas de se substituer aux autorités slovaques au moment où elles avaient décidé d'accepter le concordat. En particulier, elle considérait n'être pas tenue de réaliser des études qui n'avaient pas été effectuées par ces autorités au moment de prendre leur décision, mais simplement de constater leur absence. Ainsi la Commission pensait être en mesure de démontrer que, sur la base des informations dont elles disposaient à ce moment, un créancier privé avisé en économie de marché n'aurait pas consenti au concordat. Dans cette perspective, les calculs alternatifs de coefficients de liquidation retenus par la Commission ne présentaient qu'un caractère subsidiaire.

Or, c'est une démonstration beaucoup plus exigeante que requiert le Tribunal. Il considère que la Commission est tenue de réaliser le calcul que le créancier n'a pas effectué

pour pouvoir démontrer que le concordat n'aurait pas été accepté.

Selon le Tribunal, le choix des coefficients de liquidation retenus par la Commission n'est pas suffisamment justifié. Aux points 185 et 186 de l'arrêt, il observe ce qui suit :

“[...] la Commission a déterminé les coefficients de liquidation par voie de déduction des éléments du dossier de la procédure administrative. Si ces déductions sont certes effectuées sur la base des éléments avancés par la requérante ou non contestés par elle, il n'en demeure toutefois pas moins que la Commission n'a procédé à aucune analyse méthodologique ou économique et n'a pas sollicité, lors de la procédure administrative, d'informations supplémentaires tendant à vérifier et à étayer les conclusions qu'elle avait tirées de ces éléments.

Or, il y a lieu de relever que, en l'espèce, les éléments du dossier de la procédure administrative ne sont pas de nature à étayer à suffisance de droit et de manière univoque les conclusions tirées par la Commission en vue de l'évaluation, à hauteur de 435 millions de SKK, du produit de la vente des actifs de la requérante à l'occasion d'une liquidation judiciaire”.

Sans entrer dans le détail du raisonnement du Tribunal quant à la valeur de chaque actif, il semble qu'il n'ait pas été convaincu que les valeurs mentionnées par les autorités slovaques aient été les valeurs des biens dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire. Il considère apparemment que de précédents rapports, ainsi que des décisions administratives antérieures de report de paiement, auraient pu conduire à une appréciation différente de la décote subie par la valeur de ces actifs lors d'une cession dans le cadre d'une liquidation judiciaire.

Pour des raisons similaires, le Tribunal accueille également les arguments de la requérante à l'encontre de l'appréciation, par la Commission, de l'incidence de la durée d'une procédure de liquidation judiciaire sur le choix du créancier.

La procédure d'exécution fiscale était-elle plus avantageuse pour l'État que la procédure de concordat ?

Le raisonnement du Tribunal à propos de la procédure d'exécution fiscale et des avantages et inconvénients qu'elle aurait présentés pour les autorités slovaques, est assez proche de celui qu'il a tenu s'agissant des résultats d'une éventuelle liquidation judiciaire de *Frucona Kosice*. Il constate que l'appréciation de la Commission est fondée sur la reprise des évaluations effectuées dans le cadre de la liquidation judiciaire, qu'elle ne repose pas sur une évaluation précise de sa durée (la Commission s'étant limitée à supposer qu'elle aurait été conduite rapidement dès lors qu'elle aurait été engagée et gérée par l'administration elle-même), ni sur un examen des causes possibles d'interruption de la procédure d'exécution fiscale (telles qu'un dépôt de bilan). Là encore, le fait que les autorités locales slovaques n'aient pas conduit cette analyse au moment du choix du concordat n'est pas considéré comme déterminant.

Deux autres arguments écartés par le Tribunal retiennent l'attention.

La requérante rappelait que la procédure d'exécution fiscale n'était pas accessible à un créancier privé et en déduisait que cela empêchait une comparaison de cette procédure avec celle du concordat. Le Tribunal rejette cet argument en se fondant notamment sur la jurisprudence *EDF*. En effet, l'applicabilité du critère du créancier privé ne dépend pas de la forme sous laquelle l'avantage a été octroyé et la circonstance invoquée par la requérante n'empêchait pas de vérifier la rationalité économique de la décision prise.

La Commission faisait valoir que, dans l'éventualité où les garanties des dettes de *Frucona Kosice* apportées aux autorités fiscales lors des précédents reports auraient eu (comme le prétendait la requérante) une valeur bien moindre que celle indiquée par la Slovaquie, ces précédents reports auraient eux-mêmes constitué des aides d'État. Dans cette hypothèse, il ne serait plus possible de se référer au critère du créancier privé lorsque la dette est par la suite partiellement annulée. Le Tribunal écarte cet argument qu'il considère comme un motif purement hypothétique, insuffisamment développé et peu concluant.

Finalement, le Tribunal estime que la Commission n'a pas démontré qu'un créancier privé avisé aurait fait un autre choix que celui du concordat.

Cet arrêt démontre que l'arrêt *EDF* n'a pas clos le débat relatif à la preuve d'un comportement d'opérateur privé avisé en économie de marché. S'il ne fait pas de doute que la charge de la preuve que l'État ne s'est pas comporté comme un opérateur privé avisé incombe à la Commission, la nature de la preuve à apporter et même l'objet de cette preuve demeurent fortement controversés.

La Commission doit elle prouver, à partir des documents utilisés par les autorités nationales à l'époque de leur décision, qu'elles se sont bien comportées comme l'aurait fait un opérateur privé avisé ou doit-elle se substituer à elles pour déterminer, au terme d'un examen rétrospectif, quel aurait été le choix d'un opérateur privé avisé qui aurait conduit une expertise satisfaisante ? Cette affaire pose aussi une autre question : la nature de la preuve à apporter est-elle différente quand l'État membre indique lui-même qu'il a accordé une aide au bénéficiaire et qu'il ne s'est donc pas comporté comme un opérateur privé avisé en économie de marché ?

Manifestement, le Tribunal fait ici peser sur la Commission une charge très lourde lorsqu'elle doit établir si l'État s'est comporté comme un créancier privé avisé en économie de marché. Tout facteur d'incertitude se retourne contre elle. On ne peut qu'observer un grand décalage entre cette charge et celle qui pèse sur l'État ou le bénéficiaire qui allèguent un comportement de créancier privé, de même qu'une certaine tension entre cet arrêt et la jurisprudence *EDF*.

B. S. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Mario Monti, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, John Fingleton, François Hollande, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Emmanuel Macron, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Germany, Belgium, Canada, China, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty, Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Muriel Chagny, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Jean-Christophe Roda, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Jacques Gunther, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Laurent Binet, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume, Jean-Paul Tran Thiet

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

SECTEUR PUBLIC

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

JURISPRUDENCES

EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Karounga Diawara, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, Per Rummel, Julia Xoudis

POLITIQUE INTERNATIONALE

Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, François Souty

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

> **Revue Concurrences** | **Review Concurrences**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	515,00 €	618,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	538,00 €	567,59 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	804,00 €	964,80 €

> **e-Bulletin e-Competitions** | **e-Bulletin e-Competitions**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	719,00 €	862,80 €
--	----------	----------

> **Revue Concurrences + e-Bulletin e-Competitions** | **Review Concurrences + e-Bulletin e-Competitions**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print version + e-Bulletin + e-archives)</i>	866,00 €	1039,20 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (online version + e-Bulletin + e-archives)</i>	924,00 €	1108,80 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print & electronic versions + e-Bulletin + e-archives)</i>	1040,00 €	1248,00 €

Renseignements | **Subscriber details**

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | **Send your order to:**

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux Bulletins ou articles de e-Competitions ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France